

EXP. 00 2021 01595 01
Dian contra Cafesalud E.P.S. y otro (J-2018-2750)

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR U.A.E. DIRECCIÓN DE
IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN CONTRA CAFESALUD
EPS S.A Y MEDIMAS EPS S.A.S.**

Bogotá D. C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Se resuelve el recurso de apelación propuesto por el apoderado de CAFESALUD EPS, contra el fallo dictado el 23 de febrero de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud. En dicha sentencia se acogieron las pretensiones de la entidad demandante y se ordenó a las demandadas el pago de las incapacidades pedidas, junto con los intereses moratorios.

ANTECEDENTES

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN elevó solicitud ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD para que, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ordene a CAFESALUD E.P.S. reembolsarle la suma de \$19.726.472 464 (monto superior a 20 SMLMV en la fecha de presentación de la demanda¹) que pagó por concepto de incapacidades y licencia de maternidad a la funcionaria MARIANELLA CARVAJAL PARRA, junto con los intereses moratorios causados hasta que se haga efectivo el pago.

¹ \$5.624.840 (SMLMV del año 2018: \$781.242).

EXP. 00 2021 01595 01
Dian contra Cafesalud E.P.S. y otro (J-2018-2750)

Como fundamento de sus pretensiones afirma que MARIANELLA CARVAJAL PARRA presta sus servicios a esa entidad desde el 21 de julio de 2006 y actualmente desempeña el cargo de Gestor II Código 302 Grado 02 en el Grupo Interno de Trabajo de Obligaciones División de Gestión de Recaudo – Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá – Nivel Local. Afirma que la servidora se encuentra afiliada a CAFESALUD EPS S.A. desde el 2017, entidad que emitió a favor de la trabajadora una incapacidad médica por enfermedad general por el término de 5 días (del 12 al 16 de junio de 2017), así como licencia de maternidad por el término de 126 días comprendidos entre el 4 de julio y el 6 de noviembre de 2017. Asevera que pagó a la funcionaria la incapacidad y la licencia de maternidad correspondiente y que, pese a que solicitó el reembolso correspondiente a la EPS, esta no hizo el pago total de las prestaciones y le adeuda \$19.418.246 por estos conceptos (folios 3 a 5 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante auto proferido el 13 de noviembre de 2018, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación admitió la demanda contra CAFESALUD E.P.S y MEDIMAS E.P.S. y requirió a la entidad demandante para que allegara (i) copia de las planillas de autoliquidación de aportes en salud de la funcionaria correspondientes a los 6 meses anteriores a la causación de la incapacidad y los atinentes al periodo de gestación que dio origen a la licencia de maternidad, y (ii) una certificación que comprendiera el salario mensual básico al momento de la incapacidad pretendida y del percibido en el mes anterior a la causación del derecho. (archivo 02 del expediente).

En providencia del 23 de febrero de 2021, la Superintendencia tuvo por no contestada la demanda por parte de las demandadas EPS CAFESALUD y MEDIMAS EPS S.A.S. (folios 2 a 3 del archivo 17 del expediente, trámite de primera instancia).

EXP. 00 2021 01595 01
Dian contra Cafesalud E.P.S. y otro (J-2018-2750)

Terminó la instancia con sentencia proferida el 23 de febrero de 2021 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó (i) a CAFESALUD EPS S.A. a pagar a la DIAN la suma de \$4.623.407 junto con el los intereses moratorios causados desde el 27 de junio de 2018, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la prestación económica conforme lo ordenado; y (ii) a la EPS MEDIMAS a pagar a la entidad demandante la suma de \$15.103.081, con las correspondientes actualizaciones monetarias.

Para tomar su decisión, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación concluyó, con base en las planillas de autoliquidación de aportes en salud y el reporte de afiliados compensados de la ADRES, que la funcionaria y la entidad cumplían los requisitos exigidos para el reconocimiento y pago de la incapacidad y la licencia de maternidad solicitadas, de conformidad con el Decreto 780 de 2016. Por otra parte, estimó que las dos entidades demandadas eran responsables de la licencia de maternidad debido a las fechas en que estuvo vigente la misma, por lo que CAFESALUD debía sumir el pago de dicha prestación hasta el 31 de julio de 2017 (28 días) y MEDIMAS a partir del 1 de agosto de 2017 (98 días). Con relación a los intereses moratorios, impuso el pago de estos a cargo de CAFESALUD dado el incumplimiento de esa EPS en el reconocimiento de la prestación deprecada los cuales debían ser cancelados a partir del 27 de junio de 2018, día hábil siguiente al vencimiento de los términos para dar respuesta a la solicitud de reembolso, y hasta la fecha que se realizara el pago. Los negó respecto de MEDIMAS E.P.S. por cuanto no existe reclamación o gestión de cobro ante esa entidad (folios 6 a 10 del archivo 17 del expediente).

APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la EPS CAFESALUD la apeló. Afirma que, si bien se encuentra pendiente el pago de la licencia de maternidad por parte de esa entidad, la demandante debe presentar la acreencia dentro del proceso

EXP. 00 2021 01595 01
Dian contra Cafesalud E.P.S. y otro (J-2018-2750)

liquidatario de la EPS para que se efectuó su eventual reconocimiento. Por otra parte, sostiene que el proceso de liquidación forzosa administrativa en la cual se encuentra la entidad constituye una fuerza mayor que representa una causal de exoneración para pagar cualquier tipo de sanción moratoria, por provenir de un *acto de autoridad ejercido por un funcionario público*, de acuerdo con el artículo 64 de Código Civil, de allí que deban revocarse los intereses impuestos (archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia los siguientes supuestos fácticos: i) Que la señora MARIANELLA CARVAJAL PARRA, está vinculada con la entidad demandante desde el 21 de julio de 2006 y, actualmente, desempeña el cargo de *GESTOR II CÓDIGO 302 GRADO 2 en GRUPO INTERNO DE TRABAJO DE CONTROL DE OBLIGACIONES – DIVISIÓN DE GESTIÓN DE RECAUDO – DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS BOGOTÁ NIVEL LOCAL* (folio 18, archivo 01, primera instancia); ii) Que la EPS CAFESALUD emitió a favor de la mentada servidora una incapacidad por enfermedad general por el término de 5 días por el periodo comprendido entre el 12 y el 16 de junio de 2017 (folio 7 *ibídem*), y una licencia de maternidad de 126 días la cual comprende del 4 de julio al 6 de noviembre de 2017 (folio 8, *ibíd.*); iii) que la DIAN cumplió con los presupuestos exigidos por la legislación vigente para hacerse beneficiaria de la incapacidad y la licencia de maternidad que reclama a cargo del sistema general de seguridad social en salud y, por ende, tiene derecho a que CAFESALUD E.P.S y MEDIMAS EPS le reembolsen la suma \$19.726.472 que demostró pagar a la funcionaria.

Tampoco es objeto de discusión la responsabilidad de las demandadas en el pago de las prestaciones económicas ordenadas, porque así lo determinó el *a quo* y frente a dicha conclusión no se presentó ningún reparo en la apelación.

EXP. 00 2021 01595 01
Dian contra Cafesalud E.P.S. y otro (J-2018-2750)

Atendiendo las materias de apelación, corresponde al Tribunal determinar (i) si procede el pago de los intereses moratorios y (ii) si hay lugar a ordenar a la demandante hacerse parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD.

i) INTERESES MORATORIOS: Para resolver, el artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016, modificado por el artículo 3 del Decreto 1333 de 2018, establece que las EPS que no cumplan con el plazo definido para el pago de prestaciones económicas deberán pagar intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia vertida por el Consejo de Estado -en asuntos que *mutatis mutandi* resultan aplicables al caso bajo estudio-, la liquidación forzosa de una entidad constituye una causal legal para el no pago oportuno de obligaciones porque la sociedad queda impedida legamente para cumplir con las acreencias a su cargo y la satisfacción de estas sólo es posible en la medida en que se agoten los trámites procedimentales que la ley ordena para dicho proceso, los cuales no dependen de la voluntad de la intervenida sino del funcionario liquidador designado al efecto y, por ende, se configura una circunstancia de fuerza mayor que excluye la situación de mora y el reconocimiento de intereses moratorios².

² “No comparte la Sala la apreciación del Tribunal, puesto que como lo sostiene el Ministerio Público, la situación de intervención de la sociedad no puede considerarse configurativa de incumplimiento, ya que en este evento el no pago oportuno de la obligación debida tiene una causa legal derivada del proceso administrativo de liquidación forzosa, circunstancia de fuerza mayor que desvirtúa la situación aparente de mora, por lo que no hay lugar a la sanción moratoria pretendida por la actora con fundamento en el artículo 634 del Estatuto Tributario. En efecto, según el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor, el imprevisto a que no es posible resistir, como “los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público” y se define la mora del deudor, según la doctrina y la jurisprudencia, como “el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquel”. De acuerdo con el procedimiento establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el proceso de liquidación forzosa administrativa se inicia con el acto administrativo de toma de posesión expedido por la Superintendencia Bancaria, (art. 292), cuyos efectos son entre otros, la disolución de la institución de la cual se tomó posesión; la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida; la formación de la masa de bienes; la liquidación de su patrimonio; la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida (arts.116 y 292). Así las cosas si bien a partir de la providencia administrativa de toma de posesión, las obligaciones de plazo a cargo de la deudora intervenida se convierten automáticamente en exigibles, también lo es que aquella queda impedida legalmente para cumplir con el pago de las acreencias a su cargo, pues la satisfacción de éstas solo será posible en la medida en que se agoten los trámites procedimentales que la ley ordena para el proceso de liquidación forzosa administrativa,

EXP. 00 2021 01595 01
Dian contra Cafesalud E.P.S. y otro (J-2018-2750)

Con este lineamiento jurisprudencial el Tribunal modificará la sentencia de primera instancia, pues mediante Resolución No. 007172 del 22 de Julio de 2019 la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes, negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS, fecha desde la cual no procedía la condena impuesta por intereses moratorios.

En ese sentido, y como no se discute que CAFESALUD incumplió los términos establecidos en la norma para el reconocimiento de las prestaciones económicas que aquí se reclaman, procedía el pago de los intereses moratorios rogados a partir del 13 de junio del 2018 -día hábil siguiente a la respuesta negativa emitida por la EPS demandada- y estos correrán pero solo hasta el 22 de julio de 2019, fecha en la que se ordenó la intervención forzosa administrativa de esa entidad. Así se dispondrá.

trámites que no dependen de la voluntad de la intervenida sino del funcionario liquidador designado para el efecto, quien a partir de la toma de posesión asume la calidad de administrador de los bienes de la sociedad, y a su vez está obligado a cumplir su gestión dentro de los límites legales Ahora bien según el inciso 2° del artículo 1616 del Código Civil "la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios", luego si la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria implica la inmediata guarda de los bienes de la intervenida, la separación de sus administradores y su remplazo por el liquidador designado por la autoridad supervisora, es claro que tal medida constituye fuerza mayor a la que no puede resistirse la sociedad objeto de la misma, y esta circunstancia tal como lo declara la norma citada excluye el reconocimiento de intereses moratorios" Sentencia No. 25000-23-27-000-12248-01 del 25 de junio de 1999.

En sentencia del 26 de julio de 2007, dentro del proceso con radicado No. 25000-23-27-000-2003-00369-01, el Consejo de Estado precisó: *"la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios", luego si la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria implica la inmediata guarda de los bienes de la intervenida, la separación de sus administradores y su reemplazo por el liquidador designado por la autoridad supervisora, es claro que tal medida constituye fuerza mayor a la que no puede resistirse la sociedad objeto de la misma y esta circunstancia tal como lo declara la norma citada excluye el reconocimiento de intereses moratorios. La especialidad de la norma tributaria contenida en el artículo 634 del Estatuto Tributario y la prelación del crédito fiscal prevista en el artículo 2495 del Código Civil, no implican como lo entiende la actora, que en el proceso administrativo de liquidación forzosa deba darse un tratamiento distinto al previsto de manera general para todos los demás créditos allí reconocidos, puesto que la ley lo define como un proceso "concurso y universal", es decir que todos los acreedores participan en igualdad de condiciones de los beneficios y limitaciones legales previstos en la ley para el pago de sus acreencias"*. Esta posición fue reiterada en la sentencia del 20 de noviembre de 2011 radicado 68001-33-31-005-2009-00288-01.

EXP. 00 2021 01595 01
Dian contra Cafesalud E.P.S. y otro (J-2018-2750)

ii) VINCULACIÓN DE LA DEMANDANTE AL PROCESO LIQUIDATARIO: La Sala negará la solicitud realizada por CAFESALUD de disponer a la entidad demandante hacerse parte del proceso liquidatorio de esa EPS, pues la controversia que desató la Superintendencia de Salud en este expediente define un proceso *declarativo* de derechos que no se ve afectado por la intervención forzosa administrativa de la entidad.

En la sentencia apelada la Superintendencia desató el conflicto jurídico que surgió entre la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN y la EPS CAFESALUD EN LIQUIDACIÓN por el reembolso de una incapacidad y una licencia de maternidad, **declarando** el derecho que tiene la entidad demandante al pago de tales prestaciones económicas de acuerdo con el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 (incorporado en el Decreto 780 de 2016)³.

Como NO se trata de un proceso de ejecución, considera la Sala que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS constituye una facultad exclusiva de la entidad demandante, quien es la llamada a decidir si hace o no efectivo su derecho en el proceso de liquidación.

SIN COSTAS en la apelación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.,

³ El artículo 9.1.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010, en su literal d) dispuso la suspensión de procesos judiciales ejecutivos y la aplicación de las normas previstas en los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006. Las precitadas normas consagran la imposibilidad de continuar o admitir demanda de ejecución en contra de la entidad objeto de toma de posesión. Cabe advertir, además, que el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010 permite el pago de obligaciones reconocidas en procesos judiciales que hubieran iniciado antes de la toma de posesión, como ocurrió en este expediente, si se tiene en cuenta que la demanda se presentó el 22 de agosto de 2018 (fl 2 y 67) y la Resolución que dispuso la intervención forzosa administrativa para liquidar la EPS es del 10 de octubre de 2019.

EXP. 00 2021 01595 01
Dian contra Cafesalud E.P.S. y otro (J-2018-2750)

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral QUINTO de la sentencia apelada, para disponer que el pago de intereses moratorios a favor de la demandante procede a partir del 13 de junio del 2018 y hasta el 5 de agosto de 2019.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE FRANCISCO ENRIQUE RIVEROS CRUZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 5 de junio de 2023 por el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor de los sucesores procesales determinados del señor FRANCISCO ENRIQUE RIVEROS CRUZ las mesadas de pensión de invalidez causadas entre el 11 de febrero de 2017 y el 14 de mayo de 2019, junto con los intereses moratorios.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FRANCISCO ENRIQUE RIVEROS CRUZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare sin valor ni efecto el dictamen de medicina laboral de COLPENSIONES 2017225970KK de fecha 18 de julio de 2017, el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 19 de enero de 2018, y el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que lo confirmó, y se declare que la PCL es superior al 65% y la fecha de

estructuración es el 27 de mayo de 2012, fecha a partir de la cual se deben pagar las mesadas junto con los intereses moratorios e indexación. De manera subsidiaria solicita, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 19 de enero de 2017, junto con el retroactivo, intereses de mora e indexación.

Como fundamento de lo pedido afirma que nació el 29 de enero de 1955, fue calificado por el médico de salud ocupacional de COLPENSIONES con una PCL del 17,89% efectiva a partir del 11 de febrero de 2017 en la cual se omitieron las patologías del demandante, en particular el trastorno afectivo bipolar. Contra tal decisión interpuso los recursos de ley, la Junta Regional de Calificación de Invalidez con ponencia del 19 de enero de 2018 estableció una PCL del 25.80% con fecha de estructuración 11 de febrero de 2017. Informa que según comunicación de la EPS CAFESALUD de fecha 18 de abril de 2017, el 29 de noviembre de 2016 se emitió concepto de rehabilitación y el mismo fue remitido el 5 de diciembre de 2016 a COLPENSIONES. Afirma que en el Juzgado 26 de Familia de Bogotá se tramita proceso de interdicción en el cual se ordenó, mediante auto de 5 de mayo de 2016, la interdicción provisional y curadora a su hermana DORA ESPERANZA RIVEROS CRUZ. Precisa que conforme el estado de salud, la situación socioeconómica, la posibilidad de integración laboral y la afectación de la patología en su vida laboral, la PCL que tiene es superior al 65% y la fecha de estructuración se debe establecer en el 27 de mayo de 2012. Asegura que no cuenta con los recursos para *hacerse ver* de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ o de un tercero. Informa que tiene derecho a la pensión de vejez, no obstante COLPENSIONES no ha computado la totalidad del tiempo cotizado, señala que el no pago del aporte por parte del Estado no es razón para que no se resuelva sobre la prestación. Explica que el CONSORCIO COLOMBIA ADULTO MAYOR en comunicado del 25 de enero de 2018 le informó que no se considerarían los aportes de abril a junio de 2018 porque superó el tiempo máximo de permanencia. COLPENSIONES mediante resolución SUB 965 de 2018 le negó el derecho pensional (ver demanda folios 5 a 19 y subsanación de la demanda folios 244 a 246 archivo 01, trámite de primera instancia del expediente digital).

La demanda se admitió mediante auto de fecha 6 de agosto de 2018, y en la misma se le concedió el amparo de pobreza petitionado (ver página 247 y 248 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que el demandante no completa la densidad de semanas para acceder a la pensión de vejez y no es beneficiario del régimen de transición para tener cumplidos los requisitos a la luz del acuerdo 049 de 1990. Considera que tampoco tiene derecho a la pensión de invalidez pues según el dictamen proferido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ presenta una PCL del 25,80% con fecha de estructuración del 11 de febrero de 2017. En su defensa formuló las excepciones de prescripción, petición antes de tiempo, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y genérica (ver contestación folios 257 a 264 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

Se ordenó la vinculación como litisconsorcios necesarios de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, en auto de fecha 26 de abril de 2019 (ver páginas 281 y 282 trámite de primera instancia expediente digital).

La JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ presentó escrito de manera extemporánea, razón por la cual se le tuvo por no contestada la demanda (ver folio 357 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ mediante apoderado, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones con fundamento en que emitió un dictamen al resolver la solicitud de calificación

de COLPENSIONES que arrojó una PCL del 25,80%, el que fue objeto de apelación y se encuentra en trámite ante la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, que es la última instancia. En su defensa formuló las excepciones de *buena fe de la parte demandada, falta de legitimación en la causa por pasiva (demandada JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA) y la genérica* (ver contestación folios 308 a 304 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

En auto de fecha 22 de septiembre de 2021, ante el fallecimiento del demandante el 14 de mayo de 2019, se decretó la sucesión procesal a favor de sus herederos determinados ALBERTO RIVEROS CRUZ, DORA ESPERANZA RIVEROS CRUZ, ORLANDO RIVEROS CRUZ, GLORIA INES RIVEROS CRUZ y los herederos indeterminados (ver página 394 y 404 a 405 archivo 01).

Terminó la primera instancia con sentencia del 5 de junio de 2023, mediante la cual el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar las mesadas de pensión de invalidez causadas entre el 11 de febrero de 2017 y el 14 de mayo de 2019. Para tomar su decisión tuvo en cuenta el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que finalmente calificó la PCL del causante en 50,13% y estableció como fecha de estructuración el 11 de febrero de 2017. Frente a la pensión de vejez encontró que le resulta más favorable al causante la pensión de invalidez que la de vejez, razón por la cual ordenó el reconocimiento de la prestación desde la estructuración de la invalidez hasta el fallecimiento del causante, junto con los intereses moratorios.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor de los sucesores procesales determinados del señor FRANCISCO ENRIQUE RIVEROS CRUZ, el retroactivo pensional causado desde el 11 de febrero del año 2017 al 14 de*

mayo del año 2019. De igual manera, AUTORIZAR a COLPENSIONES a que de ese retroactivo descuente el valor de los aportes correspondientes a Seguridad Social en SALUD, y los transfiera a la EPS a la cual estuvo afiliado el demandante inicial FRANCISCO ENRIQUE RIVEROS CRUZ; de igual manera, se autoriza que se descuente el valor de la incapacidad cancelada por el período comprendido entre el 1º y el 29 de agosto del año 2018, por la EPS MEDIMAS, por la suma de \$762.871, según certificado expedido por esa misma EPS MEDIMAS en liquidación, todo conforme la parte considerativa. SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES. TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios sobre ese retroactivo pensional a partir del 12 de junio del año 2017 y hasta la fecha en que efectivamente cancele el valor de la condena. CUARTO: CONDENAR EN COSTAS, junto con las agencias en derecho a la demandada COLPENSIONES, las que se tasan en la suma de tres millones (\$3.000.000). QUINTO: ABSOLVER a las demandadas Junta Nacional de Calificación de Invalidez y Junta Regional de Calificación de Invalidez de todas las pretensiones de la demanda. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la parte demandada COLPENSIONES, consúltese con el Superior en los términos artículo 69 del del C.P.T. y SS” (audiencia virtual archivo 35 récord 1:02:34 trámite de primera instancia expediente digital)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, COLPENSIONES solicita que se valoren adecuadamente las pruebas recaudadas en el expediente. Considera que no se encuentran acreditados los presupuestos para el reconocimiento de pensión de invalidez, ni procede el pago de intereses moratorios o indexación. Dice que no existe claridad frente a la densidad de semanas teniendo en cuenta lo manifestado por esa administradora en las

respuestas brindadas al apoderado¹ (audiencia virtual archivo 35 récord 1:08:44 trámite de primera instancia expediente digital).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes al proceso: (i) que FRANCISCO ENRIQUE RIVEROS CRUZ falleció el 14 de mayo de 2019 (ver página 394 archivo 01 trámite de primera instancia expediente digital); ii) la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, en el curso del proceso profirió dictamen de pérdida de capacidad laboral 19275342-28835 de fecha 5 de diciembre de 2018, en el que determinó una PCL del 50.32%, fecha de estructuración 11 de febrero de 2017, origen común (ver páginas 100 a 111, archivo 04 trámite de primera instancia expediente digital).

El Tribunal debe determinar si en el demandante se cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de invalidez que se concedió en primera instancia.

(i) PENSIÓN DE INVALIDEZ. Para resolver la procedencia del derecho pensional que se concedió en primera instancia, específicamente si el

¹ *“Muchas gracias señor juez, de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación y esto por directriz expresa de Colpensiones, indicando por lo menos de modo inicial que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, estima que en el caso particular del señor Francisco Enrique Rivero Cruz QEPD, no se dieron sus presupuestos, que llevan una concesión de una prestación pensional y como lo ha concedido, mucho menos a algunos intereses moratorios o algún tipo de indexación adicional, pues conforme a lo que por lo menos ha indicado la entidad la misma señala que por lo menos en las calificaciones de invalidez efectuadas tanto por la Junta nacional como también en su momento por la CLÍNICA SEÑORA DE LA PAZ, dejaron por lo menos esa duda de las afectaciones en salud del señor demandante y que las mismas eligieron algún tipo de porcentaje sustancial para una concesión de la prestación previsional de invalidez, como la que se reclamaba. Igualmente, tampoco se pudo generar esa claridad en cuanto a la densidad de semanas que requería el actor para que se considere dicha prestación pensional de vejez por lo mismo que estuvieron ausentes y también la firmeza de los mismos actos dejaron por lo menos esa duda y esa ausencia también de los ciclos que indicó en su momento la administradora tanto en la contestación de la demanda como en las respuestas que se le indicaron al apoderado del demandante al mismo por lo menos a la parte actora. Así las cosas, estima Colpensiones que esos presupuestos para conseguir una prestación personal de invalidez como la concedida pues estuvieron ausentes desde un inicio y pues por lo mismo desembocarían en que los intereses moratorios, también concedidos no tuvieran lugar a ello. Así las cosas, espera Colpensiones que el honorable tribunal, prevea la determinación condenatoria y revoque la misma, por lo menos en lo necesario para que mi prohijada no resulte perjudica, como lo dice en el presente fallo, gracias.”*

demandante cumplió o no los requisitos que dan acceso a la pensión de invalidez, la norma vigente en el año en que se estructuró la invalidez –año 2017- (el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003) dispone en el numeral 1° el derecho a la pensión de invalidez al afiliado que haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral (artículo 38 ibídem), y “[q]ue haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”.

Para demostrar la pérdida de capacidad laboral (PCL) se aportó al expediente el dictamen proferido en el curso del proceso por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 15 de diciembre de 2018, a través del cual se determinó en el causante una pérdida de capacidad laboral del 50,16%, de origen común, y con estructuración el 11 de febrero de 2017 (ver peritaje en las páginas 102 a 111 archivo 04 del expediente digital). En dicho dictamen se verificaron los hechos que interesen al proceso y requerían especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Fue elaborado por la autoridad competente y calificada para realizar dictámenes de pérdida de capacidad laboral (artículo 142 de la Ley 19 de 2012) y se realizó atendiendo los antecedentes médicos, la historia clínica del paciente y el Manual Único para la Calificación de la Invalidez vigente en la fecha en la cual se adelantó el trámite de calificación de PCL en primera oportunidad. En él se expresaron claramente y de manera motivada las razones que llevaron a establecer la PCL en el 50,16%, para lo cual advirtió que: “ (...) *Una vez se analiza el caso se determina que se trata de un paciente con Diabetes mellitus no insulino dependiente sin mención de complicación, Hipotiroidismo subclínico por deficiencia de yodo. Trastorno afectivo bipolar, episodio depresivo presente leve o moderado, quien ha tenido fluctuación en la evolución clínica y según esta descrito en la historia clínica, no le ha permitido ejercer una ocupación, sin embargo solo ha recibido tratamiento por la especialidad de psíquica en los últimos 14 años. Por el tiempo de evolución y el impacto en el funcionamiento el trastorno afectivo bipolar debe calificarse con clase 2 en la tabla 13.2 correspondiente a trastornos psicóticos y del humor. (...) Por lo anterior, esta Junta decide MODIFICAR el dictamen N° 19275342-350 de*

fecha 19/01/2018 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, con el siguiente resultado: Diagnóstico(s): 1. Diabetes mellitus no insulino dependiente sin mención de complicación. 2. Hipotiroidismo subclínico por deficiencia de yodo. 3. Trastorno afectivo bipolar, episodio depresivo presente leve o moderado. Origen: Enfermedad Común. Pérdida de capacidad Laboral: 50.16%. Fecha de Estructuración: 11/02/2017” (ver página 102 a 111 archivo 04 del expediente digital).

Cabe advertir que la parte demandada no objetó ni demostró que se hubiese incurrido en un error grave en la elaboración de dicho dictamen. En el recurso de apelación se aduce, de manera genérica, que el demandante *no acredita* los requisitos para acceder a la pensión reclamada.

Frente a la densidad de cotizaciones que exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, “[q]ue haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”, se debe señalar que la condición de invalidez de FRANCISCO ENRIQUE RIVEROS CRUZ se estructuró el 11 de febrero de 2017, y se probaron **152.28 semanas** entre el 11 de febrero de 2014 y el 11 de febrero de 2017.

El número de semanas referido se obtiene de la historia laboral de COLPENSIONES actualizada a 23 de febrero de 2023 (ver archivo 20), de la cual se deduce un total de 1.317,29 semanas cotizadas, entre ellas aportes al régimen como régimen subsidiado entre el 11 de febrero de 2014 y el 11 de febrero de 2017. Contrario a lo expuesto por COLPENSIONES en sus respuestas, en particular la comunicación de fecha 29 de enero de 2018², se encuentran correctamente acreditadas las semanas desde septiembre de

²En la que se remite a la fechada 11 de diciembre de 2017 (ver página 177 archivo 01) allí brinda al causante respuesta a la solicitud de corrección de historia laboral, indica que los ciclos 2013/11 a 2016/12 y 2017/03 a 2017/10 se encuentran registrados en la historia laboral, sin embargo no aplican en el total de semanas cotizadas, por cuanto para dichos ciclos no se han recibido los subsidios por parte de Consorcio Colombia Mayor, para el cual usted realizó el pago aún no se ha girado el subsidio por parte del Consorcio Mayor, y que el estado de su afiliación no es activa para el período de cotización 2017/04 a 2017/06.

2002 hasta febrero de 2017 con la observación “Pagó como régimen subsidiado”.

Se confirmará entonces la decisión de primera instancia, no obstante se tasaré el valor de la condena atendiendo a que la pensión procede en un (1) SMLMV por 13 mesadas anuales, hasta el 14 de mayo de 2019, fecha del deceso de FRANCISCO ENRIQUE RIVEROS CRUZ (ver página 394 archivo 01 trámite de primera instancia expediente digital) artículo 283 del C.G.P.- Efectuadas las operaciones pertinentes se obtiene la suma de \$22.466.982. En este aspecto se adicionará la sentencia de primera instancia.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Desde	Hasta	Mesada	No. Mesadas	Retroactivo
11/02/2017	31/12/2017	\$ 737.717	11,67	\$ 8.609.157
01/01/2018	31/12/2018	\$ 781.242	13	\$ 10.156.146
01/01/2019	14/05/2019	\$ 828.116	4,47	\$ 3.701.679
TOTAL				\$ 22.466.982

No obstante, se modificará el numeral 1º de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar el pago en favor de los herederos de FRANCISCO ENRIQUE RIVEROS CRUZ (Q.E.P.D.) y no de los *sucesores procesales* como se determinó en primera instancia, pues el derecho se causó en favor del afiliado y en caso de muerte formará parte de la masa sucesoria que se debe adjudicar entre los herederos legitimados de acuerdo a la Ley o al testamento dentro del trámite de sucesión de sus bienes, éstas personas pueden ser diferentes a los *sucesores procesales*.

Cabe advertir que sobre las mesadas adeudadas a partir del 11 de febrero de 2017 no operó el fenómeno de prescripción, dado que la demanda se presentó el 31 de mayo de 2018, antes de que transcurriera el término trienal de prescripción.

(ii) INTERESES DE MORA. En respuesta al recurso de apelación que interpuso COLPENSIONES, se revocará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el pago de intereses moratorios, pues éstos están dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por la mora o retardo en el pago de las mesadas causadas, y en el caso presente no se podía considerar un retardo hasta tanto la controversia razonable sobre la PCL del causante se hubiera definido. En el caso presente la entidad soportaba la negación del pago en un dictamen pericial cuyo contenido solo se vino a desvirtuar, en el transcurso de este proceso, con el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que dispuso finalmente que la PCL de demandante era del 50,16%.

En subsidio del interés moratorio se ordenará la indexación de las condenas por ser esta la forma en que se traen a valor presente las sumas de dinero que se debieron pagar en el pasado. Para el efecto se debe aplicar la fórmula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante mes a mes, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha en que se pague lo adeudado), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago.

Por las resultas del proceso, sin COSTAS en la apelación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia, para: (i) definir el valor causado como retroactivo pensional entre el 11 de febrero de 2017 y el 14 de mayo de 2019 en la suma de

\$22.466.982, que se deberá pagar debidamente indexado; y, (ii) para disponer que las condenas causadas en favor de FRANCISCO ENRIQUE RIVEROS CRUZ (Q.E.P.D.) se deben pagar a sus herederos.

2. **REVOCAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia.

3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
ACLARACION DE VOTO


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Acompaño la decision en el entendio
Que se revoca el numeral promero y
Se asigna el credito a la masa sucesoral
Del actor fallecido

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE WILSON FERNANDO AGUIRRE OSORIO
CONTRA EMPRESA SERVICIOS TEMPORALES JT
CONTRATACIONES S.A.S., Y RED LATINOAMERICANA DE
INGENIERÍA S.A.S.**

Bogotá D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2023 por el Juez Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S. y WILSON FERNANDO AGUIRRE OSORIO, se condenó al pago de indemnización por despido sin justa causa, y se declaró que entre JT CONTRATACIONES y RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA existió una intermediación laboral y en consecuencia, son solidariamente responsables de las condenas.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, WILSON FERNANDO AGUIRRE OSORIO presentó demanda contra la EMPRESA SERVICIOS TEMPORALES JT CONTRATACIONES S.A.S., Y RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la nulidad de la terminación del contrato del demandante, que la obra o labor LUMINES CS para la cual fue contratado no había terminado faltando 32 meses de ejecución de los 60 meses pactados inicialmente entre la empresa usuaria RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S. y la EMPRESA CLIENTE LUMINESS CS y, en consecuencia, se ordene el pago

de la indemnización prevista en el artículo 64 de la Ley 50 de 1990 por los salarios y prestaciones correspondientes a los 32 meses faltantes para la terminación de la obra labor LUMINESS SC, de forma solidaria con las demás demandadas y se condene al pago de la sanción moratoria. De manera subsidiaria, pide que se declare que la sociedad EST JT CONTRATACIONES S.A. ha actuado como simple intermediaria laboral y que RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S. contrató servicios temporales en contravía de lo previsto en la Ley, en consecuencia, se oficie a la Dirección Territorial para que proceda con las respectivas indagaciones y de resultar procedente se impongan las respectivas sanciones.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que la sociedad EST JT CONTRATACIONES S.A. suministraba trabajadores en misión a RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S., quien tiene como actividad misional *ACTIVIDADES DE CENTROS DE LLAMADAS (CALL CENTER)* y provee sus servicios a terceras empresas -clientes-, entre las que se encuentra LUMINESS COSMETICS S.A.S. El 31 de octubre de 2018 suscribió contrato por obra o labor con la sociedad EST JT CONTRATACIONES S.A., mediante el cual fue vinculado como trabajador en misión para desempeñar el cargo de agente bilingüe en la obra o labor LUMINESS CS, cuya duración correspondía al término de la labor contratada. Aduce que la duración del contrato de trabajo estaba ligada al contrato mercantil celebrado entre RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S. y LUMINESS CS, celebrado en el mes de junio de 2016 con una duración de 60 meses, sin que se advierta en su objeto el establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Precisa que el cargo que desempeñó tenía el carácter de esencial y permanente y que al momento de vincularse le informaron que la remuneración en el entrenamiento sería el 75% y en operación sería del 100%, es decir, \$1.650.000, pero en el contrato nada se dijo respecto de la duración de la capacitación ni sobre periodo de prueba. Informa que la capacitadora aseguró que dicho entrenamiento duraría 8 días, la capacitación fue de 60 horas, de las cuales 55 fueron de teoría sin ninguna metodología, y las prácticas se ciñeron a escuchar a un operador en tiempo real y aprender del funcionamiento de uno de los dispositivos electrónicos que comercializa la empresa cliente. Relaciona el demandante múltiples falencias en el entorno físico y califica de improvisado el tiempo de capacitación, después de la cual le realizaron una evaluación consistente en 40 preguntas

en el idioma inglés, sobre cuatro aspectos específicos concernientes a la obra LUMINESS CS y para superarlo debía tener por lo menos 85 puntos. Asegura que el 8 de noviembre de 2018 un día después de la prueba, la capacitadora le informó al grupo que el resultado de las evaluaciones había sido deficiente y podían repetir la prueba el siguiente 12 de noviembre, sin entregar soporte de lo afirmado. El mismo 8 de noviembre se realizó una prueba operativa. Asegura que al final de la jornada la capacitadora le informó que tenía el puntaje mas bajo en la evaluación escrita y que no había sido satisfactoria la prueba operativa, y el contrato de trabajo terminaba ese mismo día. Dice que al día siguiente elevó un derecho de petición ante su empleador a fin de cotejar lo informado por la capacitadora. Precisa que después de finalizado el contrato continuó en ejecución la obra LUMINESS CS. Puso de presente hechos acaecidos con su antiguo empleador (SITEL DE COLOMBIA S.A.) donde con la anuencia del director de sede LUIS EDUARDO ROSALES MARTÍNEZ le fue restringida sin justa causa la nómina, lo que dio lugar a una vigilancia del Ministerio de Trabajo y un proceso judicial ante el Juzgado 12 Municipal Laboral de Pequeñas Causas con radicado 2016 00102, circunstancias que fueron puestas de presente a su empleador. De lo anterior considera que LUIS EDUARDO ROSALES MARTÍNEZ actual gerente de operaciones de RED DE LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA tenía suficientes razones para no consentir la continuidad laboral del demandante. Elevó un segundo derecho de petición el 13 de noviembre de 2018 donde solicita la restitución a sus actividades laboral y la documental relacionada con las pruebas que le fueron practicadas. El 20 de noviembre de 2018 la EST JT notificó al demandante la liquidación final y este a su vez acuso recibido. Afirma que no le fue enviada la documental solicitada. Asevera que unas semanas después tanto el gerente de operaciones como la supervisora de la empresa usuaria, fueron desvinculados por presuntas alteraciones en el sistema de medición de desempeño. Asegura que la finalización del contrato estuvo motivada por una represalia y discriminación injustificada. Señala que LUIS EDUARDO ROSALES MARTÍNEZ actual gerente de operaciones de RED DE LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA ha venido haciendo uso de las denominadas "LISTAS NEGRAS" (ver demanda páginas 2 a 50 y subsanación demanda página 195 a 232 archivo 01 trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por ambas demandadas mediante apoderado judicial.

La sociedad RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S. se opuso a todas las pretensiones. Aduce que en el contrato de trabajo que suscribió el demandante quedó estipulado que se trataba de un contrato por obra o labor, y la labor a desarrollar era *asesor bilingüe en call center*, en todo caso afirma que en el mismo contrato se plasmó que la duración sería de 6 meses, prorrogables por otros 6 meses, sin que se supere el año, razón por la cual no le asiste razón al demandante en afirmar que el contrato debía durar hasta la finalización del contrato comercial con LUMINESS CS. Afirma que en el contrato sí quedó estipulado un periodo de prueba de dos (2) meses, por tanto, la terminación del contrato de trabajo se debe interpretar bajo esta cláusula y no estaba en la obligación de informar al demandante las razones por las cuales se acababa la relación. Propuso como excepción previa la de *inepta demanda*, y como excepciones de fondo las de *cobro de lo no debido y genérica* (ver páginas 253 a 258 archivo 01 tramite de primera instancia del expediente digital).

La sociedad JT CONTRATACIONES S.A.S. también se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Aduce que en virtud del contrato suscrito con RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA, asumió toda la responsabilidad de pago de salarios, prestaciones, liquidaciones y demás conceptos laborales, y siempre actuó como empleador del demandante. Dijo que el trabajador fue citado para dar por terminado el contrato de trabajo por solicitud de la empresa usuaria, quien tiene la facultad de ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión. Propuso como excepciones de fondo las de *inexistencia de obligaciones, pago, cumplimiento de mi defendida de las obligaciones, cobro de lo no debido, trabajador en misión, terminación del contrato por finalización de la labor u obra contratada, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de derecho sustantivo, enriquecimiento sin justa causa y genérica* (ver páginas 277 a 305 archivo 01 tramite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por el Juez Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de febrero de 2023, en la cual DECLARÓ

la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre WILSON AGUIRRE y RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA, como verdadero empleador, y condenó al pago de indemnización por despido sin justa causa. DECLARÓ que entre las demandadas JT CONTRATACIONES y RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA existió una intermediación laboral y declaró la responsabilidad solidaria.

Para tomar su decisión concluyó que se ejecutó un contrato a término indefinido, pues no se definió claramente la obra o labor *LUMINESS SC*. En relación con el despido sin justa causa consideró que no era posible alegar que el demandante se encontraba en periodo de prueba pues éste no se encontraba previsto en el contrato de trabajo, y en la carta de terminación se estableció “*terminación de la obra*” como causa. Impuso condena como indemnización por despido sin justa causa de 30 días de salarios, e indicó que existe solidaridad entre RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA y JT CONTRATACIÓN pues el verdadero empleador fue la aparente empresa usuaria.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR que entre WILSON AGUIRRE y la RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA como verdadero empleador se suscribió un contrato de trabajo contrato de trabajo por tiempo indefinido desde el 31 de octubre hasta el 8 de noviembre de 2019, el cual fue terminado sin justa causa atribuible al empleador. SEGUNDO: ORDENAR a la demandada a pagar la suma de \$1.237.500 por concepto de indemnización por despido sin justa causa a favor del demandante WILSON AGUIRRE. TERCERO: DECLARAR que entre las demandadas RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA y JT CONTRATACIÓN existió una intermediación laboral y en consecuencia son solidariamente responsables en el pago de los derechos laborales del demandante WILSON FERNANDO AGUIRRE. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas en la suma de 1/4 de salario mínimo legal mensual vigente a cada una de ellas.*”. (min 19:21 audiencia del 14 de febrero de 2023 archivo 29 trámite de primera instancia expediente digital).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso del DEMANDANTE, afirma que fue contratado para la obra LUMINESS SC que tenía como plazo máximo un año, razón por la cual la condena por despido se debe extender hasta ese plazo. Precisa que la causal de despido invocada en la carta de terminación implica una confesión por parte del empleador, además la labor no terminó, contrario a ello continuo después de desvinculado el trabajador¹ (min 1:06:34 audiencia del 24 de octubre de 2022 archivo 15 trámite de primera instancia expediente digital).

En el recurso de la demandada RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S., afirma que por *residualidad* se trató de un contrato a término indefinido, y en este sentido se debía impartir la condena. Sin embargo, señala que no tiene relación directa con el trabajador, puesto que desde su vinculación se puso de presente que la contratación era en virtud de las necesidades contingentes de la compañía a la luz del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, a través de empresas de servicios temporales² (min 1:24:36 audiencia del 24 de octubre de 2022 archivo 15 trámite de primera instancia expediente digital).

¹ “Señoría, respetuosamente manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra de su decisión, fundamentada específicamente en que se deben acoger las pretensiones totales de la demanda, dado que efectivamente, se demostró cómo la contratación se hizo para cubrir el contrato con Luminess, la obra contratada que se contrató y tenía un plazo máximo de 1 año, razón por la cual la condena se debe extender a ese plazo, no podemos echar de menos o olvidar que la actuación de mala fe de las contratantes cuando contratan de tal manera al trabajador cuando lo despiden sin una razón, sin una justificación, sino, tal como se demostró mediante un acto discriminatorio, por cuanto él cumplía con las obligaciones, cumplía con los parámetros y con los estándares de los demás trabajadores, además que la causal que se invocó en la carta de despido, como era la terminación de la obra o labor, implica una confesión por parte de los demandadas en la clase de contrato y además esa terminación no puede en estos momentos aducirse una circunstancia diferente a la terminación de la obra, la labor y demostrado como se tuvo demostrado que la labor no se terminó, sino que se continuó con otros trabajadores y en otras condiciones esa labor no tuvo su terminación tal como lo expresa la carta de despido, que es una prueba inequívoca de la intención y de la mala fe de los contratantes. En consecuencia, solicito respetuosamente se conceda el recurso de apelación, así que en honorable Tribunal decida lo que en derecho corresponda. Gracias su señoría. ”

² “Muchísimas gracias, señor juez. Por medio del presente interponemos recurso de apelación, únicamente con relación a la vinculación directa con Red Latinoamericana de Ingeniería S.A.S. Efectivamente, pues estamos de acuerdo que el contrato de trabajo por residualidad sería un contrato a término indefinido y en ese sentido así se debe liquidar la indemnización, más, sin embargo, no solamente de acuerdo con los documentos que obran en el expediente, sino con las manifestaciones mismas que en el interrogatorio se le hicieron a la parte demandante, se aceptó que efectivamente había pleno conocimiento de que la contratación era en virtud a las necesidades contingentes de la compañía y en ese orden de ideas, estaría adscrito a lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en el sentido de que es para reemplazar o atender picos de producción cuando se utiliza esa causal, se está cumpliendo con la ley y en ese orden de ideas no debería haber una relación directa entre la compañía y el trabajador en misión, por cuanto precisamente ese es el sentido y el orden de las cosas del por qué se

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que el demandante prestó servicios en favor de RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA contratado para el efecto por la empresa JT CONTRATACIONES S.A.S., desde el 31 de octubre hasta el 8 de noviembre de 2019, y (ii) que el vínculo finalizó por decisión unilateral de la demandada aduciendo la terminación de la obra contratada, el día 8 de noviembre de 2019 (Ver archivo 01 folios 83 trámite de primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS) (i) si el contrato era de duración definida por *obra o labor* o de término indefinido, y quien fungió verdadero empleador, y en consecuencia, (ii) como se debe liquidar la indemnización por despido sin justa causa.

(i) RELACIÓN LABORAL. Para definir lo primero, el Decreto 4369 de 2006 (mediante el cual se reglamentaron los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990) permite la vinculación de trabajadores con intermediación de una Empresa de Servicios Temporales. Cuando se cumplen las reglas dispuestas en la Ley para esta forma de vinculación, la relación de trabajo surgirá entre el trabajador y la Empresa de Servicios Temporales como empleador, y no con el usuario de los servicios.

Esta forma de vinculación resulta válida para una cualquiera de las siguientes actividades: i) atender labores ocasionales, accidentales o transitorias, a las que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; ii) reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; o iii) atender incrementos en la producción, en el transporte, en las ventas de productos o mercancías, o durante los períodos estacionales de

contrata a través de una empresa de servicios temporales, que efectivamente es para actividades misionales pero que nuevamente a la luz de lo que el mismo demandado respondió en el interrogatorio que se le hizo, pues era absolutamente claro, ni siquiera para ambas partes, sino para las 3 partes en este caso, pues la empresa usuaria, la empresa de servicios temporales y el trabajador en misión, que efectivamente se está actuando bajo las causales del artículo 77 únicamente respecto de eso interponemos el recurso de apelación, en el sentido de que no tenemos una relación directa con el trabajador y por lo demás, estamos de acuerdo con la sentencia."

cosechas, e incrementos en la prestación de servicios. Las normas limitan además la procedencia de esta vinculación temporal a seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses adicionales, advirtiendo claramente, en el parágrafo del artículo 6º, que transcurrido el primer año NO se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con otra empresa de esta naturaleza aunque la causa que originó el servicio subsista en la empresa usuaria.

Si se cumplen estas reglas, ninguna responsabilidad tendrá la empresa usuaria frente a obligaciones que puedan haber surgido a cargo de la Empresa de Servicios Temporales, quien fue por mandato legal el verdadero empleador.

Con premisas normativas, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de contrato de trabajo con la empresa usuaria durante el periodo de vinculación del demandante como trabajador en misión, pues RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA, quien tenía la carga de la prueba en esta materia, no demostró que el trabajador estuviera atendiendo actividades esencialmente ocasionales, accidentales o transitorias, o que estuviera reemplazando a personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, o que se estuvieran atendiendo incrementos en la producción, en el transporte, en las ventas de productos o mercancías, o cosechas.

No se obtiene prueba de ello con las documentales arrimadas al proceso. En el contrato de trabajo por obra o labor que suscribieron el demandante y JT CONTRATACIONES SAS, para la obra o labor contratada LUMINESS CS – BOGOTÁ en la empresa usuaria RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA, no se consignó el supuesto bajo el cual se realizaba la vinculación como trabajador en misión, ni se aportó la oferta mercantil o contrato comercial suscrito entre RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA y JT CONTRATACIONES SAS, de la cual se pudiera advertir la necesidad de vincular trabajadores en misión.

Tampoco se confesó el hecho en el interrogatorio de parte que absolvió el demandante.

RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA dijo que el actor fue vinculado para atender interacciones de la obra LUMINESS, explicó que la labor se desarrolló dentro de una campaña y que luego de ser desvinculado el demandante se continuó ejecutando el contrato comercial y se requirió personal del mismo perfil del demandante conforme las métricas de la compañía, sin establecer de manera clara las condiciones por las cuales se dio la contratación y la finalización del contrato. Afirmó que la finalización del contrato del contrato tuvo origen en la terminación de la obra o labor, sin embargo, a la pregunta “¿de qué manera la empresa que usted representa determinó que la labor que estaba realizando Wilson Fernando Aguirre había terminado?” manifestó “no tengo la respuesta”. La representante legal de JT CONTRATACIONES SAS por su parte dijo que WILSON FERNANDO fue vinculado como *AGENTE BILINGÜE DE CALL CENTER*, mediante un contrato por obra o labor con subordinación delegada en la empresa usuaria RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA, y que ellos son los concedores del tiempo previsto para la finalización de la campaña que debían adelantar.

En las circunstancias referidas surge clara la ineficacia del pacto formal de trabajo en misión, por objeto ilícito, y procede la declaración de existencia de contrato de trabajo *realidad* con el beneficiario de los servicios, como hizo la sentencia apelada, en la modalidad genérica de término indefinido dispuesta en la Ley para aquellos casos en que no se ha pactado válidamente un modalidad diferente (artículo 47 CST).

(ii) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. Para resolver la segunda materia de apelación, el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo dispone que todo contrato de trabajo incluye la condición resolutoria tácita *con indemnización de perjuicios* por incumplimiento de las obligaciones que a cada una de las partes corresponden, y tasa el valor de dicha indemnización según la modalidad del contrato que se esté ejecutando (término fijo, indefinido u obra o labor contratada).

Para casos como el presente, en el que se declara la existencia de un contrato de trabajo realidad con persona diferente a quien suscribió el acuerdo formal, la modalidad será de término indefinido y la indemnización equivalente al valor de 30 salarios diarios por el primer año de servicio o menos, y 20 días

adicionales por cada año continuo subsiguiente y proporcionalmente por fracción de año. Conforme a ello y teniendo en cuenta los límites temporales del contrato de trabajo -31 de octubre a 8 de noviembre de 2018-, menos de un año, y que el último salario promedio devengado por el demandante era de \$1.237.500³, se confirmará el pago a título de indemnización por despido sin justa causa en la suma de \$1.237.500.

No sobra reiterar -para responder al argumento de apelación del demandante- que la modalidad genérica de término indefinido está dispuesta en la Ley para los casos en que no se ha pactado válidamente un modalidad diferente (artículo 47 CST), y en el caso presente ninguna modalidad diferente pudo pactar quien se benefició de los servicios, pues no reconocía la existencia de la relación de trabajo.

Sin COSTAS de la apelación.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN CONDENA EN COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

³ El salario mínimo legal mensual vigente para 2019 era de \$828.116.

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE ZARCO IVAN GONZALES JAIMES CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN, SKANDIA y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 05 de julio de 2023 por el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ZARCO IVAN GONZALES JAIMES presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado a través de Protección el 2 de septiembre de 1999, por

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

cuanto la AFP no le suministró información cierta clara, oportuna, suficiente y transparente, al momento de firmar el formulario de vinculación No. 5184853. En consecuencia, pide que se declare para efectos pensionales que siempre ha estado afiliado al RPM hoy COLPENSIONES, y se condene a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos y el valor del bono, y a COLPENSIONES a recibir dichos dineros (ver demanda folios 6 a 22 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante auto del 9 de diciembre de 2021, se admitió la demanda y se integró al contradictorio a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones, afirma que el demandante a la fecha de la solicitud de traslado estaba inmerso en la prohibición de traslado establecida en la Ley 797 de 2003 al estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Asegura que en los hechos de la demanda lo que se está haciendo es *alegar la propia culpa en su beneficio* quien contó con múltiples oportunidades para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada. Señala que no es viable que el demandante, tras haber transcurrido 20 años desde su traslado inicial, quiera retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y de trasladarse oportunamente y no lo hizo. Como excepciones de mérito propuso *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* (ver contestación folios 3 a 25 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que las pruebas allegadas al plenario demuestran que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS por haber suscrito el formulario de afiliación de manera voluntaria, consiente y sin presiones a

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

Porvenir. Indica que no es posible tener al demandante como afiliado del RPM como quiera que desde hace 20 años se encuentra afiliado al RAIS. Advierte que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado establecida en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por tener en la actualidad 58 años. En su defensa propuso las excepciones que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de 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, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.* (ver contestación folios 2 a 29 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, refiere que la manifestación del demandante al momento del traslado se dio como resultado de una reflexión personal después de haber recibido la información adecuada, completa, integra, honesta, veraz, oportuna y suficiente sobre todas las características del régimen, la forma de constituir la pensión y sus diferencias con el RPM. Aduce que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación. Señala que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión. Formuló como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a las AFP OLD MUTUAL y PORVENIR, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica* (ver contestación folios 203 a 230 archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

PORVENIR se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que las pretensiones van dirigidas contra terceros ajenos a esa AFP. Sostiene que al demandante le es aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones las de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica*. (ver contestación folios 2 a 23 archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (Folios 101 a 111 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia). El llamamiento se admitió por auto del 5 de septiembre de 2022 (archivo 17, del expediente digital, trámite de primera instancia).

Enterada de la demanda, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. la contestó a través de apoderado judicial. No se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda por cuanto las mismas tienen como sujeto pasivo de la relación material debatida a SKANDIA S.A., su llamante. Propuso como excepciones: *el acto jurídico de afiliación al RAIS y el de su posterior traslado a otra AFP fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles”, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación de los actos jurídicos de afiliación del demandante al RAIS y posterior traslado horizontal, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional por estar en el periodo de carencia y la de reconocimiento oficioso de excepciones*. Frente al llamamiento, aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza. Se opuso a la solicitud de reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado por cuanto el único objeto de ese contrato es que, *en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora “el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente”*. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *inexistencia del*

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA., frente a la acción material ejercida por el demandante la AFP SKANDIA carece de amparo y/o cobertura pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPRE, MAPRE no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda afectando a la llamante AFP SKANDIA S.A y por lo mismo no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y el reconocimiento oficioso de excepciones (Folio 2 a 25 del archivo 24, del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 05 de julio de 2023, mediante la cual el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PROTECCIÓN, no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor ZARKO IVAN GONZALEZ JAIMES a través de PROTECCIÓN S.A. SEGUNDO: ORDENAR SKANDIA S.A. a que traslade a COLPENSIONES los valores y cotizaciones efectuadas con los rendimientos frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: COSTAS únicamente a cargo de PROTECCIÓN S. A y PORVENIR S. A. a favor del demandante fijese como agencias en derecho,*

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

cuatro salarios mínimos a cargo de cada una. CUARTO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S. A de todas y con las pretensiones de la demanda, sin llamamiento en garantía. QUINTO: COSTAS de llamamiento de garantía a cargo de SKANDIA S.A y a favor de MAPFRE, inclúyase como agencias en derecho la suma de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes. SEXTO: En caso de que este fallo no fuera apelado consúltese con el superior a favor de COLPENSIONES.” (Audiencia virtual, récord 1:36:45, archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que la prohibición legal de traslado no es un argumento inane toda vez que era la normatividad vigente que se debía aplicar. Indica que la ineficacia en este caso no versa sobre una falta en el deber de información sino en el incremento de valor de la mesada pensional. Señala que Colpensiones es un tercero de buena fe que no participó en la celebración del negocio jurídico, y que el retorno del demandante al RPM le causa un desequilibrio financiero¹ (Audiencia virtual, récord 1:38:41, archivo No. 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“Su Señoría interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir para solicitarle a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, en la especialidad sala laboral a revoque en su integridad por las siguientes razones más allá de que el despacho haya declarado inane, el argumento de la solicitud de la aplicación de la prohibición legal por la declaratoria ineficacia del traslado pues precisamente es que Colpensiones se opone primeramente a la ineficacia del traslado y así lo dejás saber en la contestación de la demanda y por tal razón el argumento de la prohibición legal para mi representada, pues no es un argumento inane, toda vez que, como lo digo en los alegatos de conclusión, se trata de una normativa que a la fecha se encuentra plenamente vigente y no ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Mi representada no parte del hecho de que la ineficacia existe, de ese hecho, parte el juzgado y eso se trata pues el debate jurídico en el cual nos encontramos inmersos y sobre todo, este recurso de tal forma que al estar Colpensiones en desacuerdo con la declaratoria ineficacia de traslado, se permite pues entonces argumentar a los honorables magistrados del Tribunal dos situaciones que son para este afuera judicial, pues muy sencilla y apenas visibles de la demanda o del escrito genitor, del aquí actor, pues se puede desprender que es su verdadera motivación para querer retornar al régimen de prima media con prestación definida, no fue haberse visto afectado con la falta del deber de la información por parte de protección en el año 1999 sino que su verdadera motivación es incrementar el valor de su mesada pensional de 1.594.000 mil a 7.472.000 mil pesos esto no se puede reputar como una falta al deber de la información señores magistrados, toda vez que para la época del traslado era imposible saber cuál iba a ser la mesada pensional del demandante, 20 años después o más 24 años después todos sabemos cómo varía la liquidación de la Mesa pensional en uno u otro régimen y sobre todo cuáles son las variables que intervienen en este cálculo estas variables en 24 años pues bien, podían haber sido modificadas tanto por el ingreso base de cotización como por la edad del afiliado de tal manera que el argumento o el Real argumento que el demandante propone en el escrito genitor, pues, no se acompasa con el derrotero que quiere hacer valer el apoderado de la parte demandante respecto a la reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia el segundo argumento que quiere esbozar este apoderado judicial y el cual se*

EXP. 05 2021 00301 01

Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

En el recurso de PROTECCIÓN, asegura que el despacho se apartó del principio de igualdad, en tanto no aplicó la normatividad acogida por el Tribunal Superior en la sentencia 38 2020 00265 01 del 31 de marzo de 2023, que tiene las mismas circunstancias fácticas. Sostiene que en la decisión de instancia no se tuvo en cuenta los requisitos de procesales establecidos para la confesión, ni la inversión de la carga de la prueba a cargo del empleador²

encuentra en descontento o en desacuerdo mejor con la sentencia del a quo es respecto al valor que tienen o el derecho que tiene Colpensiones de ejercer acciones judiciales en contra de terceros por la condena aquí impuesta esta prueba judicial ha insistido en varios pronunciamientos o en varios recursos que COLPENSIONES es un tercero de buena fe llamado a este proceso no tiene nada que ver con el acto jurídico celebrado por terceros esto es, el actor y los fondos privados y en este sentido las condenas se han tornado excesivas, en respecto a la orden judicial de retornar a los afiliados al régimen de Prima MEDIA con prestación definida y en el caso en el que esto ocurra, pues pensionarlos por vejez esto ha desequilibrado financieramente, el sistema público de pensiones, tal y como lo dije anteriormente sin tener Colpensiones, pues ninguna incidencia en una acción que es libre y voluntaria, y sobre todo en estas donde no media la falta al deber de la información este es el escenario judicial en el cual los jueces de la República deberán solucionar ese problema jurídico, en el cual pues Colpensiones se está viendo altamente afectado si bien Colpensiones pues tiene las herramientas jurídicas para ejercer acciones judiciales, el derecho de la defensa los ejercen estos procesos de ineficacia del traslado, y es donde los jueces de la República, los honorables magistrados de tribunal, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no hacen detenido examinar cuáles son las consecuencias de sus providencias judiciales respecto al régimen público de pensiones y esa reflexión, pues que quiero dejar en este recurso Señoría, hasta aquí el mismo, muchas gracias. “

² *“Me permito interponer recurso de apelación total contra la sentencia proferida por el despacho y me permito sustentarlo en los siguientes términos señores magistrados del Tribunal Superior del distrito de Bogotá, en el precisó caso concreto, que se estudia la decisión judicial entiende esta apoderada que el despacho, pues se apartó del principio de igualdad en el sentido de que no aplicó la normatividad, traída por la jurisprudencia, por el pronunciamiento judicial establecido por el mismo tribunal en el proceso 38 de 2020 00265 01 del 31 de marzo del año 2023 de este año. Por cuánto tanto las circunstancias fácticas como jurídicas permitían llegar a las mismas conclusiones. Sin embargo, el despacho, pues, arribó a diferentes Me permito, pues, sustentar estos alegatos en 3 momentos o en 3 puntos principales. En primer lugar, la decisión de instancia no tiene en cuenta las consecuencias procesales establecidas para la confesión Tanto presunta como la establece el artículo 105 del Código General del proceso y tampoco del artículo 191 del Código General del Proceso, el cual establece que la confesión requiere uno que el cesante tenga capacidad para hacerlo y poder dispositivo sobre el derecho, situación que cumple la parte demandante. Dos qué verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, lo cual evidentemente se cumple. El tercero que recaiga sobre hechos respecto a los cuales la ley no exige a otro medio de prueba, también se cumple en el caso concreto que sea expresa, consistente y libre que así se verificó que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento verificable. También en el caso concreto sexo que se encuentra debidamente probada si fuera extrajudicial o judicial trasladada que precisamente se realizó por lo tanto, pues en todo de conformidad con los requisitos procesales, el despacho tenía que ver, declarado La confesión de parte precisamente respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se dio el traslado de régimen pensional, y esto es fundamental, señores magistrados como quiera que precisamente en ese momento histórico las condiciones de tiempo y modo que hayan tenido lugar van a ser determinantes para para expresar o para declarar si existe o no una vulneración o una declaratoria ineficacia del traslado de régimen pensional. Esto es así y partiendo pues al segundo punto de mi recurso, la carga dinámica de la prueba En el caso concreto no se comparece a la establecida por el Tribunal Superior en la citada jurisprudencia, por cuánto procesalmente la inversión que la que la misma ha tenido en estos procesos de ineficacia se presenta precisamente, cuando la parte demandante Nos trae en el juicio una negación indefinida, caso concreto en el cual no se realizó. Como quiera que la parte demandante fue enfática en confesar precisamente que fue la parte de su empleador la persona jurídica o*

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

natural que pues propició el traslado de régimen pensional. Por lo tanto, estrictamente no le cabía no podía el despacho invertir la carga de la prueba. La segunda razón por la cual siempre se han invertido las cargas de la prueba en los procesos de ineficacia es una situación práctica y es que la administración de Justicia a entendido que las AFP pues cuentan por una capacidad de conservar precisamente documentales o otro tipo de pruebas en las cuales se demuestra la información brindada al momento del traslado. Esto también entonces, advirtió en el caso concreto. Como quiera que, si no hubo ningún asesor al momento de la vinculación al RAIS o el traslado régimen pensional, pues entonces mi representada, por consiguiente, de manera, pues práctica, se concluye que no tendría ninguna prueba de este traslado. Así, entonces las cosas, la única entidad natural o jurídica que pudiera tener pruebas de lo mismo. Sería precisamente el empleador persona, pues que aquí nunca llegó nunca arribó al proceso, pero que por lo tanto, tampoco se le puede imponer a mi representada la consecución de estas pruebas por cuanto si bien es una entidad jurídica mi representada, pues la misma no es omnipotente ni omnipresente en ese sentido, pues no puede acceder a un sin número de documentos que se encuentran en manos de un sinnúmero de personas, tanto jurídicas como naturales Por lo tanto, en estricto cumplimiento de precisamente de la carga de la prueba tenía la parte demandante o por lo menos el despacho de oficio, o vincular al empleador o la parte demandante entrar a pedir por derecho de petición estas pruebas, situaciones que desbordan por completo la capacidad tanto física, jurídica y tecnológica de esta AFP y que en sí mismo se configura como una violación al derecho de defensa y al debido proceso. Y en tercer lugar señores magistrados la sentencia del despacho es contundente en indicar que, aunque no se hubiera manifestado ningún asesor al momento del traslado del régimen pensional, pues lo mismo no tendría ninguna trascendencia, como quiera que el deber de información seguiría vigente durante toda la vinculación de la parte demandante. Lo anterior, pues no tendría ninguna relevancia para el para el caso concreto, particularmente de la fijación del litigio, de una ineficacia Las informaciones que se dieron con posterioridad a la fecha de habilitación de la parte demandante, por cuanto la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en expresar que no existe una conducta alguna posterior que pueda sanear la ineficacia predicada de precisamente el momento del traslado de régimen pensional. Por cuánto la ineficacia es un hecho esencial que adolece el acto jurídico al momento del traslado, incluso en palabras del mismo juez de instancia es devolverse Precisamente al momento concreto del año 99, por lo que no podría entonces el despacho utilizar ese tipo de argumentos para predicar algún tipo de responsabilidad Por supuesto posteriores por cuánto es un argumento que precisamente ha sido desechado para condenar a mi representada y en ese sentido, pues no tendría Sentido que él mismo se utilice para condenarla en una situación contraria. Porque eso sí sería, pues, una violación al derecho a la igualdad, a la seguridad jurídica y al debido proceso. Finalmente, señores magistrados respecto a la sentencia dictada por el tribunal en la 2020 265 del 2023, establece muy claramente que el hecho de que la parte demandante al momento de realizar el proceso no se equivoquen manifieste hechos que realmente se desapruaban Precisamente las circunstancias de prueba de tiempo, modo y lugar respecto a las cuales se dieron la ineficacia del traslado es completamente relevante y trascendental para este tipo de casos, porque, como el mismo juez de instancia manifestó, cada caso es diferente y precisamente señores magistrados por el hecho de que exista una jurisprudencia ya decantada, ellos no significa de que el regreso o la declaratoria de la ineficacia sea automática, sin mirar, pues ningún tipo de caso concreto y en el caso particular está muy claro a partir del análisis que hace el Tribunal en esta sentencia, que existen circunstancias de tiempo modo y lugar que permiten precisamente desvirtuar esa presunción que operaba de manera automática en la mayoría de los despachos judiciales por cuánto sí se logran probar discrepancias sustanciales respecto a las circunstancias de hecho, modo lugar, que permiten precisamente concluir la no procedencia de la aplicación del precedente judicial en los casos concretos, máxime cuando las mismas provienen precisamente del dicho de la parte demandante que por lo demás no hay ninguna prueba sospechosa ni que pueda adolecer pues, de ningún tipo de sospecha por la parte de los de los juzgadores o de los operadores jurídicos, más cuando la parte demandante pues fue clara y lo hizo en una confesión completamente libre y espontánea en advertir que no había ningún asesor comercial o pensional de parte de protección al momento del traslado. Por lo tanto, considera está apoderada judicial que, si existían argumentos no solamente de tipo jurídico, sino también de tipo fáctico que podían precisamente aplicar los postulados jurídicos y fácticos que establece el Tribunal en esta sentencia. Dejo así sustentada mi alegato de conclusión con la posibilidad de poder extender en el momento procesal oportuno, conforme lo establezca dicho tribunal, muchas gracias.”

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

(Audiencia virtual, récord 1:43:51, archivo No. 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de SKANDIA, afirma que si bien existe amplia y pacífica línea jurisprudencial, en este caso es aplicable la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 31 de marzo de 2023 en atención a las similitudes fácticas que existían entre los dos procesos. Sostiene que la AFP cumplió con los presupuestos procesales que eran exigibles para la época. Aduce que en caso de confirmar la sentencia de primera instancia no se condene a la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales por cuanto estos no se descontaron de manera caprichosa y no forman parte de la cuenta de ahorro individual, además de ser Mapfre la encargada de devolver el concepto de las primas previsionales. Refiere que de acuerdo a los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura esta condena en costas resulta desproporcionada.³ (Audiencia virtual, récord 1:52:22, archivo No. 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

³ *“Gracias su Señoría si de manera muy respetuosa y de conformidad con la Directiva y se expresa de mi representada, me permite interponer recurso de apelación en contra de la decisión proferida por este despacho y en ese sentido solicita manera muy respetuosa a los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, revocar la misma y su integridad y que de que se absuelva mi representada de todas y cada una de las condenas que fueron contra ella, impuestas de conformidad con las siguientes consideraciones, honorables magistrados en el presente punto es oportuno señalar que si bien está apoderada no desconoce que ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial Planteada por la honorable Corte Suprema de Justicia. Lo cierto es que esta corporación ha indicado que la misma no se podrá aplicar de manera homogénea en todos aquellos procesos en donde las partes reclaman la ineficacia de la filiación por incumplimiento de ese deber de información que recabe, pues en cabeza de los fondos privados, claramente debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso y situación que para mí representa simplemente no se da en el presente caso que nos ocupa Toda vez que como quedó probado el interrogatorio de parte del señor ZARKO IVAN GONZALEZ JAIMES es evidente que existen, como se dice, unas importantes discrepancias entre la demanda y lo que el demandante indica de manera libre y voluntaria en el interrogatorio de parte de conformidad cómo fue expuesto también por la apoderada de protección en este punto es palmario que teniendo en cuenta las situaciones fácticas del presente caso y que estas guardaban una importante similitud con las que fueron revisadas en la sentencia 2020 00265 el 31 de marzo de 2023, pues se considera y por el juicio de está apoderada que, se debió haber dado aplicación a esa sentencia del Tribunal Superior de Bogotá Teniendo en cuenta cómo se dijo, las similitudes fácticas que existían entre los dos procesos, también teniendo en cuenta, pues lo sucedido, que es las discrepancias probadas en discrepancias que existe entre la demanda y el interrogatorio de parte del demandante Por tanto, los honorables magistrados se pide tenga en cuenta estas situaciones fácticas Esta sentencia del 31 de marzo del año 2023 y de aplicación el artículo 191 y 193 del Código General del Proceso Ahora bien, también se llama la atención del despacho en en cuanto a mi representada, como quedó probado también en este interrogatorio de parte cumplió con los presupuestos legales que le eran exigibles para los momentos en los cuales el demandante realizó sus traslados horizontales con mis representadas Skandia en los años 2011, 2016 y 2020, esto de conformidad como se dijo nuevamente con el interrogatorio de parte donde se hace evidente que el demandante, en los términos del artículo 191 del CGP, confiesa haber recibido información relevante y suficiente al momento de realizar su traslado horizontal en el año 2011 a Skandia confiesa haber tenido un encuentro con una asesora de Skandia que le explica características propias del RAIS, le*

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10

explica que pues está guarda este régimen guarda relación cercana, pues con el régimen al que estaba afiliado con porvenir, que es exactamente el mismo régimen que existe una diferencia entre régimen privado al régimen público e incluso habla de aportes voluntarios. Asimismo, el demandante confiesa pues que en el año 2020 mi representada, pues hace una doble asesoría y explica las diferencias de los regímenes en una asesoría de 2 horas, donde pues el indica que salió de información relevante y suficiente respecto del acto jurídico que realizó de conformidad con los traslados horizontales que realizan mi representada Ahora bien mi representada también le gustaría solicitar de manera muy respetuosa que en caso de que decidan declarar la ineficacia del traslado y acoger la postura, pues del a quo en cuanto a la declaratoria de ineficacia, el traslado se le solicita de manera muy respetuosa a los honorables magistrados acojan la postura del a quo de no condenar a la devolución de gastos, administración y seguros previsionales, porque pues como bien se dijo, estos momentos no se descuentan de manera caprichosa, y se hacen de conformidad con una normativa, pues que lo impone como es el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y de conformidad con que estos valores o estos descuento que se realiza en ningún momento, está llamada a financiar la pensión de vejez de Los potenciales afiliados o de los demandantes y que estos valores se descuentan, pues, de conformidad con un mandato legal y no es tan y no afectan las semanas de cotización de los de los demandantes Ahora bien mi representada Le gustaría dejar de presente Y en cuanto al llamamiento en garantía que este pedimento se hace de conformidad, pues con un derecho a la defensa que tiene mi representada en ningún momento se realiza con el fin de dilatar el proceso judicial al contrario, y pues como él no ha indicado el Tribunal Superior de Bogotá el momento de revisar o de revocar los autos que niegan el llamamiento en garantía, por ejemplo, en procesos como el 2022 346 pues reconocen que este cumple con los requisitos del artículo 64 del Código General de sustantivo del trabajo y puede que, por tanto, pues no se está llevando a la A la administración de Justicia, pues a un desgaste y que por el contrario, pues es un Derecho procesal que tiene mi representada pues de llamar en garantía a Mapfre, esto teniendo en cuenta pues que como se dijo que existe un contrato suscrito entre Mapfre y Skandia que este contrato pues como se dijo, y de conformidad con los artículos 1045 y 1137, al ser declarada la ineficacia de los traslados Horizontales que realizó el demandante en el año 2011, 2016 y 2020. Entonces pierden su interés asegurable y por tanto, pues es Mapfre quien estaría llamada a responder por las condenas de seguros previsionales esto pues, en caso de que los honorables magistrados decidan condenar a mi representada a la devolución de pues estos seguros previsionales Ahora bien, y a pesar de que está apoderada no desconoce que las costas, pues no son apelables si hay que tener en cuenta y de conformidad con los acuerdos del Consejo Superior de la judicatura, que estas condenas costas es completamente desproporcionada y no guarda relación alguna con los valores que fueron pagados por concepto de estos seguros previsionales por pues, encabeza del aquí demandante en los años de los años 2011 a 2013 y 2016 a 2017 por lo tanto se le solicita de manera muy respetuosa, los magistrados tengan en cuenta este acuerdo y pues revisen, la desproporcionalidad de estas costas en los anteriores términos de mi recurso. Muchas gracias su Señoría.

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante

EXP. 05 2021 00301 01

Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

tenía 35⁴ años de edad y había cotizado 156,14⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía ninguna cotización⁶, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver folio 1 del archivo 03 y archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{7, 8}. Para la Corte los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

⁴ Nació el 06 de diciembre de 1963.

⁵ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folio 1 a 3 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁶ *Idimen*.

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

⁸ Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".*

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido, para la Corte: (i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”;* (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues PROTECCIÓN no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según ilustró, fue la empresa quien le solicitó unos datos y le entregó el formulario de afiliación para que firmara. En ese orden no existió ninguna asesoría del fondo sobre el funcionamiento del RAIS. (Audiencia virtual del 05 de julio de 2023, archivo 31 del expediente digital, récord 12:56).

En el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, la falta de asesoría no subsana una deficiencia en la información que entregó el fondo de pensiones en el momento del traslado de régimen pensional, por el contrario, la corrobora. Como en la demanda se afirmó una *falta* al deber de información, tal materia o hecho sí formaba parte del litigio y se debía decidir en la sentencia.

Cabe advertir además que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen; y la acción para el

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP SKANDIA la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo frutos e intereses, pero se adicionara para ordenar a las AFP SKANDIA, AFP PORVENIR y AFP PROTECCIÓN que procedan a la devolución de los gastos de administración, comisiones y montos de los seguros previsionales descontados durante la afiliación en cada una de ellas. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁹, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”*, así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

⁹ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a SKANDIA S.A, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio. En cuanto a la tasación de las agencias en derecho en contra de la AFP, se recuerda que este no es el momento procesal oportuno para discutir las, según lo dispuesto en el artículo 366 *ibídem*.

COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP SKANDIA y PROTECCIÓN.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **CONDENAR** a las AFP PROTECCIÓN, AFP PORVENIR y AFP SKANDIA a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores correspondientes a los gastos de administración, comisiones y montos de los seguros previsionales causados en vigencia de la vinculación de la actora con cada fondo, y para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la AFP SKANDIA y PROTECCIÓN.

EXP. 05 2021 00301 01
Zarco Iván Gonzales Jaimes vs Colpensiones y otros.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 08 2021 00486 01
Luis Enrique Martín Santamaría contra Colpensiones y otros.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS ENRIQUE MARTÍN SANTAMARÍA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 27 de julio del 2023 por la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS ENRIQUE MARTÍN SANTAMARÍA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare *la nulidad y/o ineficacia* de las afiliaciones a las AFP PROTECCIÓN y AFP PORVENIR por cuanto no se le suministró la información necesaria,

EXP. 08 2021 00486 01

Luis Enrique Martín Santamaría contra Colpensiones y otros.

completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional. En consecuencia, pide que se declare para efectos pensionales que el demandante continúa afiliado a COLPENSIONES, y se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos los frutos e intereses (ver demanda folios 2 a 7 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas contestaron la demanda a través de apoderado para la litis.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del demandante. Afirma que el traslado se presume válido y efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional pues cumplió con las exigencias del Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Señala que los vicios del consentimiento, la falta de información, y la ineficacia deben ser probadas dentro del proceso judicial, por lo que solo hasta que exista orden de un juez COLPENSIONES tendrá la obligación de activar la afiliación del demandante y actualizar su historia laboral. En su defensa propuso las excepciones de *prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 2 a 11 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A., también se opuso a las peticiones de la demanda con fundamento en que no es procedente declarar la nulidad de un traslado realizado en el año 1999, pues en el momento del traslado el demandante no era un incapaz absoluto ni el acto contenía objeto o causa ilícita. Sostiene que en cualquier caso operaría una nulidad relativa susceptible de saneamiento. Refiere que el demandante contó con amplios plazos para solicitar el traslado de régimen pensional, pero lo hizo cuando estos habían vencido. Formuló como excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica* (ver

EXP. 08 2021 00486 01

Luis Enrique Martín Santamaría contra Colpensiones y otros.

contestación folios 2 a 35 archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda que involucren a esa entidad, en especial a que se declare la ineficacia del traslado del demandante, por cuanto se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se prueba con el formulario de afiliación suscrito por el demandante de forma libre y espontánea, con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y generó derechos y obligaciones pues cumplió los requisitos previstos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación pues está consagrada en la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa, las excepciones 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 28 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de julio del 2023, mediante la cual la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR no cumplió con el deber de información, caracterizado por la entrega de elementos suficientes y necesarios sobre las características,

EXP. 08 2021 00486 01

Luis Enrique Martín Santamaría contra Colpensiones y otros.

modalidades, desventajas y la forma como se calcula el monto de la pensión, que le permitiera al demandante elegir la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor LUIS ENRIQUE MARTÍN SANTAMARÍA realizado del régimen de prima media RAIS acaecido el día 8 de mayo de 1998 mediante su afiliación a PORVENIR, Por las razones expuestas en la parte motivada de esta Providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor LUIS ENRIQUE MARTÍN SANTAMARÍA. TERCERO: CONDENAR a las demandadas PROTECCIÓN Y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que se encuentren o se hayan encontrado en algún momento en la cuenta de ahorro individual del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 esto es con los rendimientos que se hubiesen causado CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir todos los valores que devuelvan PROTECCIÓN y PORVENIR y que reposaban o que reposaron en algún momento en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia laboral del actor. QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PROTECCIÓN Y PORVENIR, liquidense por secretaría fijando como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de estas demandadas. SEXTO: Como quiera que esta decisión resulta adversa los intereses de COLPENSIONES, se remitieran las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.”* (Audiencia virtual, récord 53:52 archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR solicita se revoque la condena de indexación sobre las sumas que debe retornar a COLPENSIONES-. Afirma que los

EXP. 08 2021 00486 01

Luis Enrique Martín Santamaría contra Colpensiones y otros.

recursos que reposan en la cuenta de ahorro individual no se han visto afectadas por el fenómeno inflacionario. Asegura que la devolución de los rendimientos indexados implica una doble condena pues los rendimientos que obtuvo el demandante durante su afiliación superan con creces la eventual pérdida del poder adquisitivo de la moneda¹ (Audiencia virtual, récord 55:28, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, indica que, de acuerdo a la normatividad aplicable para el momento del traslado, la suscripción del formulario de afiliación acredita el consentimiento informado brindado al usuario y es desproporcional exigir, años después, documentos o pruebas adicionales. Advierte que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado consagrada en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 y que no es beneficiario del régimen de transición.² (Audiencia virtual, récord 57:47, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“De manera muy respetuosa presento recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia emitida por el despacho en lo que respecta al numeral tercero en todos los concerniente a la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones en los siguientes términos señores magistrados como se hace evidente por parte de lo establecido por la ley y lo establecido por mi representada en los argumentos estableció en la contestación de la demanda está que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP está la de cumplir o de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados por lo tanto pues es incompatible y excluyente el haberse ordenado la indexación pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de este demandante pues no se han visto afectados por el fenómeno inflacionario por el contrario han generador de rendimiento muy superiores a los que garantiza el régimen de primaria como se dejó ilustrado en el presente asunto de manera ilustrativa señores magistrados quisiera mencionar que varios tribunales del territorio nacional pues han acogido esta teoría en especial el tribunal superior de Cundinamarca en sentencia del 21 de junio del año 2022 en proceso ordinario laboral promovido por Felicia León Poveda con radicado 2021 111 y sentencia también del 25 de julio del año 2022 referida por el tribunal superior de Cali en proceso laboral promovido por Edison Ricardo González con radicado 2022 234 consideraron estas corporaciones que el traslado de los rendimientos financieros de estos afiliados a Colpensiones compensan la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenaron retornar luego señores magistrados ordenar que Porvenir indexe suma de dinero es sin duda ponerle una doble sanción por cuanto sin duda alguna y sin que resulte pues necesario realizar alguna operación matemática se hace evidente conforme la documentada por mi representada que los rendimientos financieros que obtuvo este demandante por la gestión administrativa de mi representada a partir del acto jurídico informado que celebró con este demandante con plenos efectos jurídicos con creces supera esa posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en sus aportes pensionales por lo anterior de manera muy respetuosa, se solicita a los honorables magistrados revocar de manera parcial la sentencia en cita y absolver en lo que respecta a la indexación a mi representada, muchas gracias.”*

² *“Estando dentro del término para ello me permito interponer y sustentar recurso de apelación en los siguientes términos lo primero sería indicar que respecto a la carga de la prueba si bien*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

este extremo procesal comparte y respeta lo manifestado por el fallador de primera instancia respecto a que la carga fue trasladada o debió ser trasladar las demandas pues no es posible exigirse a las mismas la exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos dado que la normatividad para el año de 1997 esto es el Decreto 363 de 1993 imponía al deber a los fondos de pensiones de brindar información si bien clara, precisa, detallada y veraz pues dicho deber consistía precisamente en suministrar la información más no dejar constancia del suministro de la misma dado que se brindaba de manera verbal y es por ello que con la firma de formularios se entendía satisfecho el consentimiento informado brindado por el usuario en ese momento por lo tanto exigiérselo un documento adicional después de tantos años a la demandada pues es una carga desproporcionada para la demandada segundo porque conforme lo establecido en el artículo 2 de la ley 797 del año 2003 la parte actora el señor Luis Enrique pues no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar traslado alguno siquiera para solicitarlo atendiendo la edad con la que cuenta hoy en día tercero y punto muy importante es que en el presente proceso pues la parte actora esto es el señor Luis Enrique no es beneficiario del régimen de transición que menciona el artículo 36 de la ley 100 del 93 toda vez que no cumple primero con el requisito de tiempos de servicios todo es que para el año de 1994 solamente contaba con 73,71 semanas cotizadas así como tampoco cumplía con el requisito de la edad que para esa fecha del 94 tenía solamente 32 años de edad cuando eran exigible 40 años por lo tanto ha de entenderse o debe entender el fallador de segunda instancia que el traslado realizado por la parte actora el día 8 de mayo del año 98 a la AFP Porvenir no solo fue efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 de la ley 100 del 1993 sino que también fue plenamente válido porque se realizó conforme a las exigencias legales y normativas que estaban vigentes para dicha Data así como al respeto de los principios fundamentales a la autonomía de voluntad y a la libre escogencia del régimen por lo anterior es que respetuosamente se le solicita al fallador de segunda instancia revocar la sentencia de primera y en consecuencia de negar las pretensiones de la demanda absolviendo las demandadas así como no imponer costas a cargo de Colpensiones en esta instancia dado la buena fe en la que siempre actúa la entidad a la que represento y en que la misma Pues solamente ha sido un tercero llamado a pleito en el que no tuvo incidencia alguna Muchas gracias Su señoría.”

EXP. 08 2021 00486 01

Luis Enrique Martín Santamaría contra Colpensiones y otros.

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 47³ años de edad y había cotizado 73,71⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no

³ Nació el 11 de julio de 1950, folio 90 del archivo 04, primera instancia.

⁴ Ver historia laboral expedida para bono pensional del Ministerio de Hacienda, página 153 a 156 archivo 10 del expediente digital, primera instancia.

EXP. 08 2021 00486 01

Luis Enrique Martín Santamaría contra Colpensiones y otros.

tenía 15 años de servicios (tenía 1 año, 5 meses y 15 días ⁵), y para la fecha de presentación de la demanda contaba con la edad para acceder al derecho pensional (tenía 71 años de edad -ver archivo 01 y folio 90 del archivo 04 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6, 7}. Según dicho precedente, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

EXP. 08 2021 00486 01

Luis Enrique Martín Santamaría contra Colpensiones y otros.

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del Sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

EXP. 08 2021 00486 01

Luis Enrique Martín Santamaría contra Colpensiones y otros.

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según dijo, la asesora de Porvenir le indicó que este fondo tenía una rentabilidad mayor respecto de los otros fondos, además que se encargarían de traer las cotizaciones realizadas en Venezuela, pero nunca le indicaron cual era el funcionamiento del RAIS, ni cuales eran las diferencias de pensionarse en el RAIS o en el RPM (Audiencia del 27 de julio del 2023, récord 13:15, archivo 17 del expediente digital de primera instancia.)

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la

EXP. 08 2021 00486 01

Luis Enrique Martín Santamaría contra Colpensiones y otros.

devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, frutos, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, pero se adicionará para ordenar la devolución de las comisiones y las primas de seguros previsionales a cargo de aquella y de la AFP PROTECCIÓN, causados en vigencia de la vinculación del actor con cada fondo. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan, por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

EXP. 08 2021 00486 01

Luis Enrique Martín Santamaría contra Colpensiones y otros.

RESUELVE

1. **ADICIONAR** al numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A. devolver, debidamente indexados, las comisiones y las primas de seguros previsionales causados en vigencia de la vinculación del actor con cada fondo, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 08 2021 00486 01

Luis Enrique Martín Santamaría contra Colpensiones y otros.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 08 2022 00114 01
José Benigno Lemus Alarcón contra Colpensiones y otro.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ BENIGNO LEMUS ALARCÓN CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 25 de mayo de 2023 por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ BENIGNO LEMUS ALARCÓN presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* del traslado al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR por existir una falta en el consentimiento informado al no brindar una asesoría clara y precisa sobre las ventajas, desventajas, condiciones y consecuencias del traslado del RAIS al RPM. Pide que se declare que continúa afiliado al RPM hoy COLPENSIONES, se condene a PORVENIR trasladar en el término improrrogable de un mes a COLPENSIONES todos los saldos como bonos pensionales, sumas

EXP. 08 2022 00114 01

José Benigno Lemus Alarcón contra Colpensiones y otro.

adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, primas previsionales, gastos de administración junto con los frutos, intereses y rendimientos y condenar a Colpensiones a reactivar la afiliación, recibir los aportes y actualizar la historia laboral. (folios 1 a 18, archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas contestaron la demanda a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones con fundamento en que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a PORVENIR. Afirma que se presume que dicho traslado fue válido y se realizó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, por lo que corresponde a la parte actora probar la existencia del vicio del consentimiento que alega. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y genérica* (ver contestación folios 2 a 11, archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso igualmente a las pretensiones. Asegura que el traslado goza de plena validez al haber otorgado la información necesaria y suficiente para que el demandante tomara una decisión libre, voluntaria e informada de acuerdo con los requisitos y características vigentes para ese momento. Señala que de los documentos aportados no se evidencia soporte alguno que acredite un vicio del consentimiento. Formuló como excepciones de fondo las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación folios 2 a 34 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de mayo de 2023, mediante la cual la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la

EXP. 08 2022 00114 01

José Benigno Lemus Alarcón contra Colpensiones y otro.

ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR no cumplió con el deber de información, caracterizado por la entrega de elementos suficientes y necesarios sobre las características, modalidades, desventajas y la forma como se calcula el monto de la pensión, que permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor JOSE BENIGNO LEMUS ALARCON realizado en el régimen de prima media RAIS acaecido el día 10 de septiembre 1997 mediante su afiliación a PORVENIR por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado pensional del señor JOSE BENIGNO LEMUS ALARCON. TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor JOSE BENIGNO LEMUS ALARCON tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por la administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones que trata el artículo 1746 del código civil esto es junto los rendimientos que se hubieren causado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y que hayan reposado en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor. QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR líquidense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de \$1.160.000. SEXTO: Como quiera que esta decisión resulta adversa de los intereses de COLPENSIONES se remitirán las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado de jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad.”* (Audiencia virtual, récord 58:05 archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

EXP. 08 2022 00114 01

José Benigno Lemus Alarcón contra Colpensiones y otro.

En el recurso de PORVENIR, afirma que cumplió con el deber de información al momento del traslado pues brindó información, clara, cierta, suficiente y oportuna de acuerdo con la normatividad vigente. Indica que el error de derecho no vicia el consentimiento. Pone de presente que solo una vez cumplidos los requisitos de edad y semanas el demandante solicita la ineficacia¹ (Audiencia virtual, récord 59:38 archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, indica que el *a quo* no tuvo en cuenta la normatividad aplicable al momento del traslado que solo exigía como prueba de la información brindada la suscripción del formulario de afiliación. Afirma que el traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y solicita en caso de confirmarse la decisión que se condicione al cumplimiento de las obligaciones de PORVENIR² (Audiencia virtual, récord 59:38 archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Deseamos presentar recurso de apelación en contra de la providencia, el recurso se sustenta precisamente en que mi poderdante cumplió con el deber de información al momento de traslado y afiliación del demandante es decir brindo una información cierta, clara, suficiente y oportuna tal es así que se ajustó a la normativa existente para el momento del traslado este es el momento para el primero artículo 97 decreto 663 de 1993 en este sentido no es viable exigir actuaciones o haber dado informaciones donde mi representada no estaba obligada a hacerlo recordemos que la normativa posteriormente surgió en el 2015 o que se expidió pues no estaba vigente y no era de obligatorio cumplimiento por parte de mi representada al momento que la demandada hizo la afiliación y traslado de régimen resaltamos que pues claramente la asesoría fue verbal por lo que no costa documentos por escritos que acrediten la información suministrada en la asesoría no obstante conforme a la buena fe que rige precisamos que en el momento se suscribió el documento por parte del demandante de traslado pues se le brindo la información que correspondía y que debía realizar mi representada conforme a la normativa vigente, precisamos que el traslado precisamente bastaba con la suscripción del formulario de afiliación y en ese sentido la decisión fue libre y voluntaria donde no hubo presiones por parte de mi representada en ese aspecto quiero resaltar que de esto da fe la consignación de la firma del demandante en el formulario que realizo en su debido momento resaltamos que también tuvo la oportunidad de leer o preguntar o inclusive sustraerse a firmar el formulario no obstante como lo informo el demandante en lo probatorio el firmo el mismo formulario pues de lo que manifiesta o inicia su consentimiento con el traslado causa sorpresa también que afirma no haberlo leído lo cual resulta extraño teniendo en cuenta el nivel de escolaridad y precisamente el lugar donde ejercía su profesión, las características del RAIS estaban en la ley por lo que si se habla de un error sería de derecho la cual no tiene la potencialidad de viciar el consentimiento se explicaron las características y condiciones de los requisitos del RAIS al momento de realizar la afiliación del demandante y así las cosas tenía conocimiento de las características de planeación y ahorro que determina el sistema también queremos resaltar que pudo en su momento el demandante regresar al régimen de prima media no obstante causa sorpresa que prácticamente una vez ya cumplida la edad y también los aportes y semanas requeridas pues inicia un proceso para solicitar el vicio o la ineficacia precisamente del consentimiento en el momento de la afiliación hubo actos precisamente relacionados con la entidad sobre hechos de pensión el formulario de afiliación y precisamente tenía conocimiento del régimen conforme a la información que le fue suministrada en estos términos se presenta el recurso de apelación para que conozca la sala del tribunal superior de Bogotá.”

² “Me permito interponer y sustentar de manera inmediata el recurso de apelación en los siguientes términos en primer lugar he de manifestar que la señora juez al momento de su

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince

decisión declara la ineficacia del traslado de régimen de la demandante considerando esa falta de deber de información que tenía la AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación paso por alto que para esa fecha de traslado la realidad del momento según la norma debería ser aplicable para la ley 100 artículo 13 literal b y e decreto 692 del 94 y el decreto 663 del 93 era que la aceptación espontánea libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestara a través de la firma o el formulario de afiliación lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva del documento suscrito y registrado por el demandante no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras la obligación y soporte de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen pues toda vez que tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad de exponer recurso sino que también se exige además como lo expresa el artículo 29 de la constitución política de Colombia el ajusto de las normas preexistentes al acto que se juzga su señoría ahora bien en cuanto a lo manifestado por la señora juez en primera instancia en que la carga de la prueba recae únicamente y exclusivamente en cabeza de la AFP y al trascolar lo señalado por la corte en la sentencias referidas en este tipo de decisiones nos encentramos que hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento controvertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado por cuanto las leyes que surgieron en el año de 1998 y 2016 no exigían nada de diferente frente al documento de afiliación donde se constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes en la época de su momento se constituye en una situación de carácter imposible finalmente y dicho lo anterior pongo en su consideración su señoría que en este asunto la administradora de Colpensiones resulta lesionada con la decisión adoptado por el a quo esto en cuanto a la afectación y sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la constitución política adicionado por el artículo 1 el acto legislativo 01 del 2005 para ir concluyendo con lo anterior dejo sustentado como tal su señoría el recurso y reiterándole a usted su señoría que se revoque la decisión que se acaba de proferir por este honorable despacho en consecuencia se absuelva mi representada a cada una de las pretensiones en su contra ahora bien en caso que se llegare a confirmar como tal la decisión por este honorable despacho ruego se mantenga la condena puesta a la AFP en el entendido que esta se debe reintegrar la totalidad de la cotización que recibió esto es como tal los recursos de la parte individual puestas valoradas a AFP a los rendimientos, fondos pensionales cuotas de seguros provisionales y cuotas de la administración menos en la cuenta individual así mismo y para concluir le solicito a usted su señoría muy amablemente que se adicione a la sentencia que condena a la puesta entidad que represento con una obligación de hacer a favor de la demandante se condicione al previo cumplimiento de las obligaciones que se impongan a las AFP toda vez que es Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto las AFP reiteren los recursos de mi apoderada y actualice la información de la demandante respectiva en la base de datos pertinente.”.

EXP. 08 2022 00114 01

José Benigno Lemus Alarcón contra Colpensiones y otro.

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 40³ años de edad y había cotizado 533.86⁴ semanas,

³ Nació el 27 de octubre de 1956.

⁴ Ver historia laboral expedida el Ministerio de Hacienda, folios 97 archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia.

EXP. 08 2022 00114 01

José Benigno Lemus Alarcón contra Colpensiones y otro.

para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 7 años 1 mes y 4 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda contaba con la edad para acceder al derecho pensional (tenía 65 años de edad, folio 91 del archivo 10 y el archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶, ⁷. En el criterio de la Corte los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

⁵ *Ibidem.*

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

EXP. 08 2022 00114 01

José Benigno Lemus Alarcón contra Colpensiones y otro.

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) y -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la

EXP. 08 2022 00114 01

José Benigno Lemus Alarcón contra Colpensiones y otro.

sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según dijo, los asesores le indicaron que el ISS se iba a acabar y que por Ley se tendría que trasladar a otro fondo como Porvenir para no perder sus aportes (ver archivo 19 del expediente digital, récord 11:15).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, rendimientos e intereses, pero se adicionará para ordenar

EXP. 08 2022 00114 01

José Benigno Lemus Alarcón contra Colpensiones y otro.

a esa administradora que proceda a la devolución de los montos de los seguros previsionales generados durante la afiliación. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan, por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** al numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. devolver las primas de los seguros previsionales, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

EXP. 08 2022 00114 01

José Benigno Lemus Alarcón contra Colpensiones y otro.

2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
4. **COSTAS** de la apelación a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUJSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

Exp. 08 2022 00118 01
Mariana Asunción Patria Valencia vs Colpensiones y otro.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARIANA ASUNCIÓN PATRIA VALENCIA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 29 de junio de 2023 por la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARIANA ASUNCIÓN PATRIA VALENCIA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro individual realizado mediante la afiliación a la AFP PORVENIR el 13 de febrero de 2003, con fundamento en que antes, durante y después de realizar dicho acto ningún asesor le brindó la información pertinente, veraz y oportuna para tomar una decisión de forma consciente. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR a trasladar a

Exp. 08 2022 00118 01
Mariana Asunción Patria Valencia vs Colpensiones y otro.

COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos de su cuenta de ahorro individual y, a esta última a aceptarla en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiera trasladado (ver demanda archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS, el que, en todo caso, presume efectuado en el ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional y plenamente válido porque se realizó conforme a las exigencias de los Decretos 663 de 1993, 656 de 1994 y los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Por ello asegura que el *vicio del consentimiento*, la falta de información necesaria y/o la ineficacia alegada por la demandante deberán ser probados. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir* (ver contestación folio 2 a 14 del archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. también se opuso a todas las pretensiones, declaraciones y condenas de la demanda, con fundamento en que la afiliación realizada por la demandante el 13 de febrero de 2003 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, después de recibir información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características y funcionamiento del RAIS, conforme las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico y que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Sin perjuicio de ello, sostiene que no es procedente la declaratoria de ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque ésta sólo es aplicable a situaciones dolosas las cuales que no se acreditan ni se alegan en esta demanda, y en todo caso, a la demandante le es aplicable la

Exp. 08 2022 00118 01
Mariana Asunción Patria Valencia vs Colpensiones y otro.

restricción del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación folios 2 a 25, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de junio de 2023, mediante la cual la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR (antes HORIZONTE) no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora MARIANA ASUNCIÓN PATRIA realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 13 de febrero de 2003 mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora MARIANA ASUNCIÓN PATRIA, conforme a lo señalado. CONDENAR a las demandadas PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieran recibido por motivo de la afiliación de la señora MARIANA ASUNCIÓN PATRIA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del código civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieran causado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia*

Exp. 08 2022 00118 01
Mariana Asunción Patria Valencia vs Colpensiones y otro.

pensional de la actora. QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandante PORVENIR liquidarse por secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 de pesos. SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los interesados de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad (Audiencia virtual parte 2, récord 2:44, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR afirma que legalmente no es posible ordenar la devolución de sumas diferentes a las que refiere el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 o que no estén destinadas a financiar la prestación del afiliado, porque ello constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES. Adicionalmente refiere que reintegrar los gastos de administración o primas de seguros sería desconocer el valor pagado a la aseguradora y la cobertura de las pólizas contratadas. Sostiene que no hay lugar a la indexación porque durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada con ese fondo los recursos de la cuenta de ahorro individual no se vieron afectados por la inflación debido a los rendimientos financieros generados. De confirmarse la sentencia, pide que se le autorice a descontar los rendimientos financieros¹

¹ *“Señora juez de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación de manera parcial esto es contra el número del tercero de la sentencia proferida para que ante el honorable tribunal superior de Bogotá se revoque la condena impuesta a porvenir bajo las siguientes argumentos el artículo 20 de la ley 100 de 1993 menciona Cuáles son los descuentos que se realizan en la cotización de los afiliados al régimen de ahorro individual y en últimas también menciona el porcentaje final que va destinada a la cuenta de ahorro individual de cada uno de estos afiliados en consonancia de ello el artículo 103 literal B de la misma ley 100 de 1993 menciona Cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional Y esto es abro comillas el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos cierro comillas lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en dicha Norma por cuanto las mismas no están destinadas a financiar la prestación del afiliado no entran no hacen parte integrante de la pensión y entran en la liquidación de la prestación y por lo que condenar pagaré PORVENIR valores adicionales Configura un enriquecimiento sin causa en favor del afiliada de Colpensiones y en detrimento de mi representada Pero además determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o primas de seguros es tanto como ordenarle una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado se devuelva el valor de la póliza contratado con relación a estos gastos de administración y las primas de seguros la superintendencia financiera de Colombia en concepto radicado número 20 19 15 22 1 6 9 – 003- 000 del 17 de enero del año 2020 indicó en forma expresa que los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro*

Exp. 08 2022 00118 01
Mariana Asunción Patria Valencia vs Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual parte 2, récord 4:15, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, asegura que el traslado obedeció a una manifestación espontánea de la voluntad de la demandante, la cual estuvo libre de vicios del consentimiento, por lo que no existió la ilegalidad del traslado. Aduce que la demandante tenía obligaciones frente al sistema y que no presentó inconformidad alguna mientras estuvo afiliada al RAIS, lo que debe entenderse como una ratificación de su voluntad de permanecer en el régimen que seleccionó² (Audiencia virtual, récord 7:56, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

previsional en consideración a que la compañía aseguradora al ser un tercero de buena fe cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Respecto de la condena de manera indexada me permito resaltar que la misma es improcedente de acuerdo con lo mencionado en sentencias SU 062 del 13 de mayo del 2010 y sentencia SL 9316 del 29 de junio del año 2016 en consideración a que durante el tiempo que la demandante estaba afiliada porvenir S.A. su cuenta de ahorro individual no se ha visto afectada por el fenómeno de la de la condición inflacionaria de la economía por el contrario ha generado rendimiento financiero superiores a la rentabilidad mínima establecida para las cuentas de ahorro individual circunstancia que es posible verificarlo a través de los extractos trimestrales que se remiten a la actora inclusive en el que se aportó con la contestación de la demanda en donde se evidencia que la rentabilidad mínima obligatoria para ese trimestre era de 2.43% y la rentabilidad del fondo que favoreció a la demandante fue el 4.97 % en ese sentido para el momento que se aportó la contestación de la demanda y se extrajo este documento los rendimientos financieros de la señora ascendían a un 29% del total de su cuenta de ahorro individual de sus cotizaciones. En este sentido téngase en cuenta que en el caso de no acogerse estos argumentos solicito Entonces que se autorice a Porvenir a descontar de los rendimientos financieros generados en favor de la demandante las sumas que se ordenaron devolver de manera indexada en la sentencia de primera instancia dejó así sentido mi recurso de apelación gracias”.

² *“Su señoría presentó recurso de apelación amparada por el artículo 66 del código procesal del trabajo de la seguridad social modificado por el artículo 10 de la ley 1149 2007 solicito a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá se sirva revocar la sentencia proferida el día de hoy 29 de junio de 2023 por medio del cual se declara la ineficacia del acto de afiliación al RAIS efectuado libre y voluntariamente por la demandante y se condena a mi representada Colpensiones aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y con ello recibir la devolución de las sumas de dinero correspondiente que se encontraban en poder de horizonte hoy Porvenir es menester Resaltar que de conformidad a la sentencia su 149/2021 emitida por la corte constitucional que señala abro comillas la violación directa de la Constitución también se presenta por desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera el sistema pensional este precepto se desconoce cuando se reconoce en derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes se omite el criterio de distribución de recursos cierro comillas teniendo en cuenta lo anterior Solicito a los honorables magistrados realizar una ponderación al decretar la ineficacia del traslado toda vez que dicha decisión repercute y que se crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación con efectos patrimoniales en cabeza de mi representada hoy Colpensiones entidad que administra los aportes de miles de pensionados y afiliados al regimen de prima media en tanto Solicito el reintegro de la totalidad de la cotización es decir recursos de cuenta individual de ahorro cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima de rendimiento de bonos pensionales porcentajes destinados al fondo de seguros previsionales y gastos de administración esto es de conformidad lo establecido en la sentencia*

Exp. 08 2022 00118 01
Mariana Asunción Patria Valencia vs Colpensiones y otro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste*

sl 1421 de 2019 preferida por la Corte Suprema de Justicia adicional a lo anterior se reitera la tesis de que no existió ilegalidad en el trámite de traslado de hecho se evidencia que la afiliación obedeció una manifestación espontánea a la voluntad de la demandante libre de vicios del consentimiento Y en este punto es importante mencionar que los afiliados cuentan con una obligación al sistema de régimen pensional empatizando Que el silencio en el transcurso del tiempo se entiende Como una decisión consciente de permanecer al régimen seleccionado y la única forma de virtual esta regla legal es probando la preexistencia de una fuerza que hubiese viciado el consentimiento situación fáctica que en el presente proceso no ocurrió teniendo en cuenta lo anterior Solicito respetuosamente su señoría me conceda el recurso de apelación y Solicito a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá se sirvan revocar la sentencia preferida el día de hoy 29 de junio de 2023 gracias.”

Exp. 08 2022 00118 01
Mariana Asunción Patria Valencia vs Colpensiones y otro.

periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 43³ años de edad y había cotizado 521,14⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 6 años, 4 meses y 11 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada había superado la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 62 años de edad -ver folio 01 del archivo 06 y archivo 1 del expediente digital-).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala

³ Nació el 07 de agosto de 1959, folio 1, archivo 06.

⁴ Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y crédito público, válida para bono pensional, e historia laboral expedida por PORVENIR (folios 3 a 12 archivo 6 y 76 a 78 del archivo 15).

⁵ *Ibidem*

Exp. 08 2022 00118 01

Mariana Asunción Patria Valencia vs Colpensiones y otro.

Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶, ⁷. Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y*

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

Exp. 08 2022 00118 01
Mariana Asunción Patria Valencia vs Colpensiones y otro.

suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR (antes HORIZONTE) no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

Exp. 08 2022 00118 01
Mariana Asunción Patria Valencia vs Colpensiones y otro.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, el asesor les indicó, en una reunión grupal, que en ese fondo obtendrían mejores prestaciones que en el ISS entidad que iba a quebrar y con ello podrían perder su pensión, además que podrían pensionarse antes y retirar su dinero, pero no le precisaron aspectos como qué pasaría con los aportes realizados al ISS, que sus cotizaciones irían a una cuenta de ahorro individual, o cómo accedería a la pensión (Audiencia virtual del 29 de junio del 2023, récord 06:24).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL 2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos rendimientos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación*

Exp. 08 2022 00118 01
Mariana Asunción Patria Valencia vs Colpensiones y otro.

definida administrado por COLPENSIONES” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL 1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
- 2. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
- 3. COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR

⁸ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

Exp. 08 2022 00118 01
Mariana Asunción Patria Valencia vs Colpensiones y otro.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 08 2022 00132 01
Claudia Sandra Frank vs Colpensiones y otro.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE CLAUDIA SANDRA FRANK CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación presentado por el demandante en contra de la sentencia dictada el 9 de junio de 2023 por la Juez Octava (8) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se pretendía la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CLAUDIA SANDRA FRANK presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de la afiliación efectuada a COLFONDOS el 1 de julio de 2010. Como fundamento de sus pretensiones informó que tiene nacionalidad argentina, nació el 11 de abril de 1967 y cotizó en su país 1.221 semanas a pensiones, por lo que es beneficiaria del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social entre la

EXP. 08 2022 00132 01
Claudia Sandra Frank vs Colpensiones y otro.

República de Colombia y la República de Argentina suscrito el 14 de abril de 2008. Por razones laborales vivió en Colombia en el año 2010 y se afilió a COLFONDOS. Asegura que al momento de la afiliación los asesores no le informaron de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente, ni cierta las diferencias, ventajas y desventajas entre los regímenes, afirma que la AFP omitió su deber de buen consejo. En consecuencia, pide que se declare que tiene derecho a trasladarse al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y que se condene a COLFONDOS y a SKANDIA (actual administradora) a trasladar a COLPENSIONES los aportes cotizados en el RAIS (ver demanda folios 3 a 7 del archivo 02 y subsanación de demanda páginas 1 a 24 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

COLFONDOS se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que brindó a la demandante asesoría integral y completa respecto de las características, funcionamiento, ventajas, desventajas y diferencias entre el RPM y el RAIS, además de las implicaciones del traslado de régimen. Indica que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y con consentimiento expreso. Afirma que la demandada no hizo uso del derecho de retracto y no tenía un derecho consolidado ni una expectativa legítima de pensión en el momento de la afiliación. En su defensa propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado y compensación y pago*. (ver demanda folios 3 a 22 del archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y

EXP. 08 2022 00132 01
Claudia Sandra Frank vs Colpensiones y otro.

voluntaria. Asegura que la demandante nunca estuvo vinculada al RPM administrado por el ISS ni por Cajas de Previsión con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993) por lo que no le resultan aplicables las previsiones legales y jurisprudenciales relacionadas con la “ineficacia y/o nulidad”, las que solo aplican a los casos de traslado de régimen pensional. Como excepciones de mérito propuso *prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir* (ver contestación folios 2 a 22 archivo 9 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de junio de 2023 mediante la cual la Juez Octava (8) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas. Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia encontró probado que el 27 de julio de 2010 se realizó la selección inicial del RAIS con la vinculación de la demandante a COLFONDOS, y con antelación a esa fecha no estuvo afiliada al régimen de prima media ni a alguna caja de previsión social.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COLFONDOS, SKANDIA y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante de conformidad con las motivaciones presentemente expuestas. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la denominada inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir propuesta por las traídas a juicio. TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia teneos o causación. CUARTO: como quiera que esta decisión resulta adversa a los intereses de la parte demandante en el evento de no ser apelada se remitirá las diligencias al honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la actora.”* (Audiencia virtual, récord 1:05:34, archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

EXP. 08 2022 00132 01
Claudia Sandra Frank vs Colpensiones y otro.

En el recurso, la demandante pide se revoque la sentencia. Aduce que COLFONDOS no cumplió con el deber de información y buen consejo al momento de la afiliación, lo que afecta gravemente su situación pensional y en particular el monto de la pensión, lo además que le impidió acceder al convenio de seguridad social suscrito entre Colombia y Argentina¹ (Audiencia

¹ *“interpongo apelación contra sentencia, me permito sustentar la apelación para que los honorables magistrados revoquen la decisión adoptada en primera instancia conforme a los siguientes argumentos de manera reiterada y pacífica por la jurisprudencia la honorable corte suprema desde ya tiempo atrás ha venido estableciendo digamos las consecuencias de la ineficacia del traslado del régimen pensional también ha previsto la existencia de tres etapas de información a cargo de las administradoras de pensiones, resaltando que desde un comienzo la ley 100 de 1993, a cargo de los fondos de pensiones ha existido este deber de información en el caso particular de mi poderdante nos encontramos dentro de la segunda etapa, en la que se resalta hace referencia a lo ya expuesto en los decretos anteriores del año 94 y la ley 1328 del 2009, y el decreto 2241 de las 2010 normas que establecían una serie de lineamientos para las entidades financieras, como corresponde a los fondos de pensiones, en este caso a Colfondos. no solamente se abarcaba este deber de asesoría y buen consejo sino que se suponía que con esta nueva etapa de deber de información se daba un avance significativo a la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones, ya que el contenido mínimo de la asesoría que debió haberle brindado la señora claudia frank que claramente no lo hizo debía incluir un análisis previo calificado y global, así como los antecedentes de afiliados y los pormenores de los regímenes así debe primar el principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, mientras que la asesoría impone una adecuada educación respecto del servicio ofrecido y el buen consejo que debe abordar y el estudio de los antecedentes del afiliado. en el caso particular, la edad de mi poderdante, al momento de que suscribió este formulario de afiliación en el 27 julio de 2010 tenía 43 años una vez suscribió este formulario de afiliación y como en ningún momento se le habló del derecho de retracto tendría la imposibilidad de regresar o decidir más adelante a los 5 años porque tenía que estar 5 años en Colfondos no tendría la posibilidad de decidir trasladarse a Colpensiones porque adicionalmente cuando cumpliera esos 5 años de permanencia, tendría 47 años y estaría dentro de la imposibilidad legal ya prevista en la ley para ello adicionalmente, tampoco se revisó aspectos del afiliado importantes como las semanas de cotización el ibc con el que cotizaba en el sistema y su grupo familiar, datos relevantes y expectativas pensionales, y sobre este punto de la expectativa pensional, es importante resaltar y como quedó debidamente probada dentro del proceso, a mi poderdante, la señora claudia frank, en todo momento, Colfondos le manifestó la posibilidad de ahorrar para que esos ahorros tendrían unos rendimientos y que ella podría retirar en el momento que quisiera en ningún momento se le describió que posibilidades de pensión tendría, no se le habló de las modalidades de pensión, tales como retiro programado, renta vitalicia, incluso la garantía pensional mínima ninguna de estas posibilidades, se le explicaron de forma detallada y concisa a la señora claudia Frank ella siempre mantuvo una expectativa que lo que tendría acá sería la devolución de sus ahorros, y así se lo hizo saber la asesoría que recibió por parte de Colfondos cuando la señora claudia Sandra Frank llegó a laborar a Colombia en julio del 2010, pues ella con lo manifestado tenía 43 años y Colfondos no cumplió con este deber de información, asesoría y buen consejo por ende se puede afirmar que Colfondos realizó un análisis detallado de los antecedentes de mi poderdante además no le explico con suficiente claridad lo anteriormente mencionado tampoco analizo otros aspectos importantes como lo era la imposibilidad de tener las posibilidades de pensión en el régimen de ahorro individual no analizo que mi poderdante cotizaba sobre un salario tope y que definitivamente con ciertos años de permanencia dentro del régimen no estaría posibilitada de cierta manera a tener una pensión como hoy día se le ofrece por parte de skandia con un monto del salario mínimo situación que pues obviamente no era la expectativa de mi poderdante y si se le hubiera informado en debida forma su posibilidad de afiliarse al régimen de prima media muy sensatamente había tomado esta decisión situación que nunca se dio por supuesto tampoco se habló ni reviso por parte de Colfondos la posibilidad que tenía mi poderdante a aplicar al convenio de seguridad social con la república argentina con el tiempo sumado cotizado en la republica argentina mas el tiempo que ha cotizado acá en Colombia mi poderdante estaría sobre un aproximado de más de 1790 semanas claramente esta posibilidad le habría dado una mejor pensión que de lo de hoy en día le ofrece skandia en ese orden de ideas pues*

EXP. 08 2022 00132 01
Claudia Sandra Frank vs Colpensiones y otro.

virtual, récord 1:48:03, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003- dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial.

Al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{2, 3}. Según dicho criterio, los

también no se tuvieron en cuenta todos los preceptos del decreto 1794 ni tampoco lo estipulado en el decreto 656 de 1994 en conclusión y al ser definitivamente un caso particular y no del común este caso porque normalmente se hable de la ineficacia cuando hay un traslado y efectivamente acá lo que hay es una afiliación inicial al momento de suscribir la afiliación inicial Colfondos no cumplió con el deber de información y buen consejo solo informo ventajas y posibles beneficios de afiliarse al régimen de ahorro individual nunca explico pormenores de ambos regímenes y definitivamente no le explico sobre los términos y tiempos que tendría que tener de permanencia y sobre la posibilidad de traslado de Colpensiones que claramente no iba tener por la edad que tenía mi poderdante mucho menos se habló sobre el convenio de seguridad social que podría aplicar si la persona mi poderdante la señora claudia Frank hubiera decidido afiliarse inicialmente a Colpensiones así las cosas respetuosamente señores magistrados y conforme lo que se ha probado en debida forma en este proceso que efectivamente Colfondos no cumplió con el deber de información y buen consejo para el momento que mi poderdante suscribió el formulario de afiliación solicito respetuosamente se revoque la sentencia de primera instancia y se amparen todas y cada una de las pretensiones de la demanda.”

² Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

³ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada

EXP. 08 2022 00132 01
Claudia Sandra Frank vs Colpensiones y otro.

jueces deben declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) –según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es

jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 08 2022 00132 01
Claudia Sandra Frank vs Colpensiones y otro.

subsanaable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

No obstante, también ha dicho la Corte que no se puede declarar la ineficacia del traslado pensional cuando el afiliado hizo la selección inicial de régimen en el RAIS. Sobre la materia se puede consultar la sentencia SL 2259 de 2022 de la Sala Laboral de la CSJ, M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA.

Con estas premisas normativas y jurisprudenciales el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, pues lo pretendido en la demanda es la ineficacia de la selección inicial de régimen pensional y no la ineficacia del traslado de régimen pensional, y -según la Corte- para estos casos NO resulta aplicable la jurisprudencia que ha trazado sobre *traslado* de régimen pensional.

Del formulario de afiliación de la demandante a COLFONDOS de fecha 27 de julio de 2010 (archivo 12) se deduce claramente que se trató de una vinculación inicial, situación que además corroboró la demandante al absolver el interrogatorio de parte e informar que al radicarse en Colombia hizo una afiliación inicial al sistema general de pensiones, en el RAIS, con COLFONDOS.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

EXP. 08 2022 00132 01
Claudia Sandra Frank vs Colpensiones y otro.

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de QUINIENTOS MIL PESOS MCTE (\$500.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE SANDRA BUSTAMANTE ALDANA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 08 de junio de 2023 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, SANDRA BUSTAMANTE ALDANA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

Solidaridad efectuada con la AFP PORVENIR en junio de 1996, así como su afiliación a SKANDIA del 13 de agosto de 2008, por cuanto *existió error de hecho* que vició su consentimiento y *no se cumplió con el deber de información*. En consecuencia, se declare que nunca ha efectuado un traslado válido al RAIS y que se encuentra legalmente afiliada a COLPENSIONES, y se condene a las administradoras de fondos de pensiones a registrar en sus sistemas de información que *no efectuó ninguna afiliación válida* a esas AFP por la indebida e insuficiente información suministrada al momento de la afiliación, así como a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en su cuenta de ahorro individual y que *consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc.*, y a esta última, registrar y activar su afiliación, y actualizar su historia laboral con las cotizaciones provenientes el RAIS (ver demanda y su subsanación folios 1 a 20 del archivo 01 y archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones con fundamento en que la afiliación realizada por la demandante el *22 de junio de 1999* fue producto de una afiliación libre y voluntaria, después de haber recibido información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características y funcionamiento del RAIS conforme las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico y que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Sostiene que no es procedente la declaratoria de ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque ésta sólo es aplicable a situaciones dolosas las cuales que no se acreditan ni se alegan en esta demanda. Advierte que, en todo caso, a la demandante le es aplicable la restricción del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica (ver contestación folios 2 a 32 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda con fundamento en que al expediente no se aporta prueba que acredite que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en algún error por falta al deber de información por parte de la AFP o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Tampoco alguna nota de protesto que permita inferir con *probabilidad de certeza* que se encontraba inconforme con el régimen al que estaba afiliada. Por el contrario, las documentales dan cuenta que la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, *sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas*. Advierte que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 por lo que no es procedente el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: *falta de agotamiento de la reclamación administrativa, 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 o genérica* (ver contestación folios 2 a 39 del archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto no fue quien realizó el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en todo caso, la demandante no allega prueba, si quiera sumaria, de las razones de hecho que sustentan su solicitud de ineficacia; además, dice, no se podía imponer a cargo de las demandadas la obligación de documentar la temática de la asesoría que se dio al momento del traslado, pues para ese momento no estaban sujetas al deber de información y buen consejo al que se refiere la demandante, tan solo existía el *deber de información y transparencia* que se agotaba con la asesoría

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

verbal y la suscripción del formulario de afiliación. Asegura que la demandante no puede excusarse en un supuesto desconocimiento de las características del RAIS y del RPM porque estas están contempladas en la Ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito propuso las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y la inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos.* (ver contestación folios 2 a 14 del archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (folio 106 Archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 9 de marzo de 2023 (archivo 17).

Enterada de la demanda, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. contestó el llamamiento a través de apoderado judicial. No se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda por cuanto las mismas tienen como sujeto pasivo de la relación material debatida a SKANDIA S.A., su llamante, a cuya contestación en ese aparte se adhieren. Dijo no constarle ninguno de los hechos y propuso como excepción: *“Las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles.* Frente al llamamiento, aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza. Se opuso a la solicitud de reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado por cuanto el único objeto de ese contrato es que, *en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora “el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente”.* En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *El llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el sujeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP*

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

SKANDIA, MAPFRE no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar la devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda afectando a la llamante AFP SKANDIA y por lo mismo no está obligada a restitución alguna y reconocimiento oficioso de excepciones (ver contestación folios 2 a 22, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 08 de junio de 2023, mediante la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el día 22 de junio de 1999 por la señora SANDRA BUSTAMANTE ALDANA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. y su posterior traslado a la AFP SKANDIA S.A., acaecido en el año 2008. SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas administradoras de fondos de pensiones y cesantías, PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% del valor*

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a los gastos de administración y al fondo de Garantía de pensión mínima. Entendido estos gastos de administración como las comisiones de administración, descontadas, el pago de primas de seguros de invalidez y sobrevivencia y eventualmente, en caso de darse realizado el pago de primas de reaseguros de FOGAFIN. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante SANDRA BUSTAMANTE ALDANA, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y, además, a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído y a computar los tiempos cotizados por estos en la historia laboral de COLPENSIONES. CUARTO: Las excepciones propuestas frente a la demanda principal se declaran imprósperas. QUINTO: DECLARAR probadas las excepciones primera, segunda y tercera propuestas por la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA Y SEGUROS S.A. al dar respuesta al llamamiento en garantía y como consecuencia de ello, ABSOLVER a dicha sociedad de todas las pretensiones impetradas en su contra en el llamamiento en garantía por parte de la sociedad SKANDIA S.A. SEXTO: CONDENAR en COSTAS en la demanda principal a las sociedades PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. incluyendo como agencias en Derecho en favor de la demandante, la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes deberán ser sufragadas por partes iguales por cada una de dichas AFP. SÉPTIMO: CONDENAR en el llamamiento en garantía a la sociedad SKANDIA S.A. en favor de la sociedad MAPFRE S.A. fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente repito, a cargo de SKANDIA S.A. y en favor de la llamada en garantía MAPFRE S.A. OCTAVO: CONCEDE el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 del 2007” (Audiencia virtual, récord 1:58:26, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de SKANDIA, señala que no puede darse en el carácter de ley a la jurisprudencia, y que no se debe aplicar la figura de la ineficacia en beneficio exclusivo de la demandante pues se estaría desconociendo la labor de la AFP quien generó unos rendimientos superiores a los que pudo obtener en Colpensiones. Sostiene que con el interrogatorio de parte quedó acreditado que el traslado fue una decisión libre y voluntaria y que el interés de la afiliada es netamente económico, lo que no da lugar a la ineficacia del acto jurídico. Además, las características del RAIS estaban consagradas en la Ley y no existía para el momento del traslado la obligación de conservar documentación que diera cuenta de la asesoría. Sostiene que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, ni de las primas previsionales porque ya no hacen parte de su patrimonio, por lo que pide se resuelva sobre la responsabilidad de la aseguradora, en aras de cumplir una eventual condena que ratifique la decisión de primera instancia¹ (Audiencia virtual, récord 2:02:17, archivo No. 28 del expediente digital, trámite de primera instancia)

¹ *“Muchas gracias su señoría siendo la oportunidad procesal pertinente, me permite interponer recurso de apelación, el cual sustento basado en las siguientes consideraciones, respetuosamente solicito a los honorables magistrados a la sala laboral del tribunal superior de distrito judicial que procedan a revocar totalmente la sentencia que se acaba de proferir y en su lugar se sirvan a absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en las manifestaciones de hecho y de derecho que estuvieron contenidas en la contestación a la demanda. en los alegatos de conclusión y principalmente, lo que pasó a señalar en el presente asunto debemos partir del hecho de que lo que se está declarando de ineficacia del acto jurídico, el traslado y este fenómeno no se le puede dar efectos adicionales ni convenciones distintas a las que contempla la ley, pues la interpretación de naturaleza jurisprudencial es un criterio, en todo caso, auxiliar de la justicia, como lo establece claramente la ley 153 de 1987, por lo que no puede darse en el carácter de ley a la jurisprudencia en los anteriores términos resulta entonces claro que la ineficacia se encuentra regulada por el artículo 897 del código de comercio y no por la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en la norma previa ambiente anotada, encontramos que en eficacia es la ausencia de efectos del negocio jurídico celebrado, con lo cual es apenas necesario advertir cómo es bien sabido que la norma entiende por ineficaz aquel acto que no produce efecto alguno sin necesidad de declaración judicial. así las cosas, en este punto conviene entra colación una máxima del derecho y un principio general de la interpretación jurídica según el cual, donde la ley no distingue, no les da la intérprete de hacerlo en consecuencia, la no producción de efectos jurídicos aplica para los dos extremos de la relación contractual entiéndase para ello la AFP y el afiliado en virtud previamente anunciado resulta totalmente contrario a los principios constitucionales de justicia y equidad que frente a la figura de la ineficacia, se le aplica un rasero distinto a la AFP y al afiliado demandante pues de un lado, si se acepta que existió una cuenta de ahorro individual que existieron unos fondos de la parte*

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que de acuerdo a la Ley 100 de 1993 para el momento del traslado la aceptación espontánea, libre y expresa, se manifestaba con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que imponer a las administradoras obligaciones de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente para esa época desvirtúa los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso. Asegura que el *a quo* no tuvo

demandante que obran en esa cuenta de ahorro individual que existieron unos rendimientos financieros que deben ser trasladados a Colpensiones para engrosar el valor de los aportes de la parte actora, pero nos acepta que esos rendimientos fueron generados por la actividad profesional de las administradoras de fondos de pensiones y tampoco se acepta, pues que esa actividad profesional se desarrolló en virtud de la propia ley y que causó como consecuencia de unos gastos de administración que fueron legalmente descontados en efecto, entonces no se puede aplicar una interpretación de la figura la ineficacia cómoda en beneficio exclusivo del actor o del actora en este caso, reconociendo que si se produjeron algunos efectos, pero para el mismo caso, aplicar una interpretación en detrimento de la AFP que desconoce su labor y que fue precisamente esta labor la que hoy por hoy está generando rendimientos financieros que jamás había logrado la accionante de haberse encontrado Colpensiones frente a esto, se destaca que el propio artículo 20 de la ley 1993 enuncia que la comisión de administración no hace parte de los recursos pensionales que financian las prestaciones económicas del afiliado, con lo cual tiene y en el entendido de que en el presente proceso no se discutió la gestión de mi representada carece de todo fundamento que se condene a el traslado de dichos valores en favor de Colpensiones, ya que yo no puede ser considerado de forma distinta a una violación al principio constitucional de buena fe y confianza legítima. lo anterior de cara a lo expuesto por la superintendencia financiera, mediante radicado 2019 15216900300 con lo cual entonces se concluye durante toda la permanencia de la demandante al RAIS esta nunca ejerció el derecho de retracto que entre la fecha inicial de traslado la RAIS y la fecha en la que la parte demandante sigue inmersa en la prohibición de traslado por razón de la edad es con la posibilidad de ampliar la información y regresar al régimen de prima media pero aun así no lo hizo, lo cual evidencia una actuación contraria a la del buen padre de familia. noté que entonces del interrogatorio de parte se sustrae que el interés de retornar al régimen de prima media surge netamente un interés económico, en absoluto desconocimiento de aquellos beneficios que le podía generar el régimen de prima media y aquí debo recordar que la insatisfacción frente al monto de la mesa pensional no da lugar a la ineficacia del acto jurídico, también debo aclarar que bajo la normatividad existente para el momento del traslado, no era dable exigir la documentación de la asesoría, pues no había deber legal alguno para conservarla. la decisión libre y voluntaria, donde no mediaron presiones por parte de mi representada, lo cual quedó acreditado en el interrogatorio de parte, por otro lado, las características del RAIS estaban en la ley por lo que si se habla un error sería de derecho, pero el cual no tiene la potencia de viciar el consentimiento reiteró que en el presente asunto no se debe ordenar la devolución de gastos de administración, los cuales fueron legalmente descontados y finalmente me permito manifestar frente a los seguros previsionales, solicitando respetuosamente a los honorables magistrados que también procedan a revocar la presente sentencia y se pronuncia sobre la responsabilidad de la aseguradora en el entendido que como bien lo explicó el señor juez en su providencia, si bien se está predicando una ineficacia por el deber de información que cumplía el fondo inicial y lo posterior, no tiene relevancia para el debate pues resultaría entonces escogiéndose también como un tercero de buena fe, con lo cual estos valores que se trasladaron a la aseguradora cumplieron un deber legal, fueron extraídos del patrimonio de mi representada y deben ser restituidos por Mapfre Colombia seguros en aras de cumplir una eventual condena que ratifique la decisión de primera instancia. en estos términos, dejo sustentado mi recurso, muchas gracias, su señoría”.

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

en cuenta el principio de la relatividad jurídica, según el cual Colpensiones no puede verse favorecido ni perjudicado por el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, por ser un tercero de buena fe. Refiere que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado del artículo segundo de la Ley 797 de 2003, la cual tiene por objeto proteger el fondo común de un desequilibrio pensional² (Audiencia virtual, récord 2:07:45, archivo No. 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

² “Señoría, encontrándome en la etapa procesal pertinente y con el respeto que merece el despacho, me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo emitido por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual sustentare a continuación honorables magistrados es de manifestar mi reproche en cuanto a que se declaró la ineficacia del traslado del demandante, pues se fundamentó en la falta del deber de información que debían brindar los AFP al momento de la suscripción del formulario y pasando por alto que para la fecha la normatividad aplicable era la ley 100 de 1993, y solo basta con la aceptación espontánea, libre y expresa de un de una afiliada para trasladarse de régimen, la cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud, según se derivó del formulario de afiliación suscrito y firmado por la demandante asimismo cabe resaltar que para la fecha de la suscripción y firma del formulario no existía en la ley 1748 del 2014 ni la ley 2071, del 2015, con los cuales nace la obligación de la de las AFP de brindar una doble asesoría de sus afiliados así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de afiliación deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario de materialización del traslado. en este asunto ley 100 de 1993 no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen puesta, la exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la carta política. el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tienen justificación jurídica alguna y viola grave mente el debido proceso de Colpensiones quien sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica en torno a que con pensiones es un tercero en este asunto y se recuerda que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de la celebración de ese acto jurídico solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo que la entidad a la que represento no puede de ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y la AFP. Ahora bien, en cuanto a lo manifestado en que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP y al transpolar lo señalado por la corte en la sentencia de referencia en primera instancia en este tipo de decisiones, encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados se encontraban exclusivamente con el consentimiento del formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentamiento de la afiliado respecto del traslado por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2013 no exigía nada diferente al documento de afiliación donde consta la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad. es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible. Finalmente pongo de presente en consideración de los honorables magistrados que en este asunto la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 18 años, por lo que la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada. esto en cuanto a el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagración en el artículo 48 de la constitución política, adicionado por el artículo primero, el acto legislativo 01 del 2005 también se debe recordar en este punto del artículo dos de la ley 797 del 2013, en el que se hace una prohibición expresa

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que*

del 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 no es un artículo caprichoso y se y tiene su razón de ser al respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esta provisión es proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensional y así no generar a las personas que efectivamente cumplen los requisitos estipulados en la normativa previsional y así generar un desequilibrio patrimonial expuesto lo anterior los recursos que recibe administradora por conceptos de cotización de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo esto se sustenta, además, que con la jurisprudencia de la honorable corte constitucional en sentencia c 1024 del 2004 y que además se reitera en la c 062 del 2010 ahora sí, en caso de que se llegara a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal, ruego se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido de que esta deba reintegrar a Colpensiones, la totalidad de la cotización que recibió por parte de la demandante esto es de los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas a la AFP, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros provisionales, fondos de administración y, en general, todos los aportes efectuados por la accionante a la AFP con lo anterior, dejo sustentado mi recursos reiterándoles a los honorables magistrados se revoque la decisión proferida el de hoy y en consecuencia, se absuelva mi representada”

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 33³ años de edad y había cotizado 212,86⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 1 año y 28 días⁵), y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 55 años de edad- ver folio 40 del archivo 01 y archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

³ Nació el 29 de noviembre de 1965.

⁴ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folio 41 a 44 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ *Ibidem*.

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{6, 7}. Según dicho precedente los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

este sentido, para la Corte: (i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”;* (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR S.A. no probó haberle brindado

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

toda la información pertinente del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró fue su empleador quien decidió trasladarla en razón a que el ISS iba a desaparecer, pero no le informaron cuáles eran las características o funcionamiento del RAIS. (Audiencia virtual del 08 de junio de 2023, archivo 28 del expediente digital, récord 30:24).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA y PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, así como de los gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima así como los gastos de administración, primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL 1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Con relación al llamamiento en garantía, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó las pretensiones incoadas por la llamante, pues SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS no demostró la existencia de una relación sustancial con la aseguradora llamada en garantía que imponga a ésta (MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.) el deber de pagar el valor de las primas de seguro que recibió del fondo para cubrir los riesgos de invalidez o muerte del afiliado. Ello no se deduce del texto de las pólizas traídas al proceso (folio 111 a 121, archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia)

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.

en las que los beneficiarios son los afiliados al Fondo de pensiones obligatorias y no la demandada, y cuyo objeto -además- es diferente al pretendido por la recurrente.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
- 2. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
- 3. COSTAS** en esta instancia a cargo de SKANDIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

EXP. 11 2021 00304 01
Sandra Bustamante Aldana vs Colpensiones y otros.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES FUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 12 2019 00471 01
Gloria Nélica Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GLORIA NÉLIDA CUBIDES RODRÍGUEZ
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES
Y CESANTIAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 26 de junio de 2023 por la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GLORIA NÉLIDA CUBIDES RODRÍGUEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de la afiliación efectuada en septiembre de 1999 a la AFP PORVENIR, por existir engaño y asalto en su buena fe para que se trasladara al RAIS. En consecuencia, pide que se condene a COLPENSIONES a registrar la afiliación en el RPM como si nunca se hubiere trasladado y a PORVENIR y a COLPENSIONES a reconocer y pagar

EXP. 12 2019 00471 01
Gloria Nélide Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

los intereses generados por la demora injustificada del traslado de los aportes desde el 1 de octubre de 1999 hasta la fecha en que se efectuó la devolución (ver demanda folios 113 a 135, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que en que la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen. Indica que la elección fue libre, espontánea y sin presiones y que la demandante era conocedora de que con la suscripción del formulario se trasladaba de régimen. Señala que la demandante no probó error, fuerza o dolo, por lo que no procede la declaración de nulidad, y que los intereses moratorios solo proceden cuando hay mora en el pago de las mesadas pensionales. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, cobro de lo no debido, buena fe y genérica* (ver contestación folio 151 a 163 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia)

PORVENIR S.A. se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que la afiliación suscrita por la demandante con esa entidad fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada después de reiterarle el funcionamiento del RAIS, lo que se prueba con el formulario de afiliación del que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico. Adicionalmente, asegura que no es procedente la ineficacia conforme lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no se acreditan actos atentatorios contra el derecho de afiliación. Advierte que a la demandante le aplica la restricción contenida en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de fondo las de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica*. (ver contestación

EXP. 12 2019 00471 01
Gloria Nélide Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

folios 225 a 247, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante auto del 23 de noviembre de 2020 se ordenó vincular como litisconsorte necesario a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. (Folio 249 del archivo 01 del expediente digital). Notificada de la demanda compareció a través de apoderado para la litis.

COLFONDOS contestó también la demanda y se opuso a las pretensiones. Sostiene que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para acoger las pretensiones de la demandante, al encontrarse válidamente afiliada al RAIS. Indica que de manera libre voluntaria y en uso de sus facultades la demandante resolvió afiliarse al RAIS sin que mediara coacción o algún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones las de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, buena fe y la genérica.* (ver contestación folios 2 a 17, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 junio de 2023, mediante la cual la Juez Doce (12º) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora

EXP. 12 2019 00471 01

Gloria Nélide Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

GLORIA NELIDA CUBIDES RODRIGUEZ Identificada con Cédula de ciudadanía 23.474.031 del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS el 18 de diciembre de 1995 junto con la afiliación a PORVENIR, el primero de agosto de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora GLORIA NELIDA CUBIDES RODRIGUEZ al régimen de prima media con prestación definida. TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GLORIA NELIDA CUBIDES RODRIGUEZ tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones y rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados, conforme a lo expuesto en esta providencia. CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al accionante durante el tiempo que permaneció afiliada a esta debidamente indexados, de acuerdo a lo decidido. QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PORVENIR Y COLFONDOS con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora GLORIA NELIDA CUBIDES RODRIGUEZ al régimen de ahorro individual y una vez ingresen los dineros, actualizar su información en la historia laboral. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SÉPTIMO: CONDENAR en costas en esta instancia PORVENIR, COLFONDOS Y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por Secretaría, practicarse la liquidación de costas, incluyendo como agencias en Derecho la suma de \$1.160.000 para cada uno. OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por COLPENSIONES, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.” (Audiencia virtual, récord 51:31, archivo 30 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 12 2019 00471 01
Gloria Nélide Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS, se opone a la devolución de todos los conceptos que se encuentran en la cuenta de ahorro de la demandante al considerar que son recursos propios del RAIS. Indica que con la devolución se afecta el sistema de capitalización, al haber disfrutado la demandante durante su afiliación de los beneficios propios y exclusivos del RAIS¹ (Audiencia virtual, récord 54:25, archivo 30 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de PORVENIR, indica que con los rendimientos se compensa la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la devolución de los rendimientos es excluyente con la indexación, lo anterior de acuerdo con la teoría de las restituciones mutuas² (Audiencia virtual, récord 56:30, archivo 30 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Señoría de manera respetuosa me permitió interponer recurso de apelación frente a la decisión proferida por este despacho en el sentido de relacionar a la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones los emolumentos conceptos adyacentes a la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante. en ese sentido pues haciendo alusión al Decreto 2555 del año 2010, conforme a los rubros que se disponen dentro del régimen de capitalización, se tiene que de estos se relacionan 11 gastos de los cuales uno es para garantizar la defensa judicial del fondo, otros para comprar seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia en virtud de los cuales la parte accionante se ha encontrado amparada en esta naturaleza a lo largo de su vinculación, por una parte en Colfondos y posteriormente en el tiempo en el cual estaba vinculada en RAIS los otros 9 son destinados para las inversiones propias de los fondos privados que generan rendimientos que son depositados en las cuentas de ahorro individual de los afiliados a sí mismo en consideración el artículo 70 y 77 de diciembre de 1993, pues relaciona o establece la forma de financiar determinadas pensiones de carácter de invalidez y sobrevivientes para los cuales pues las administradoras contratan un tercero asegurador garante y a través de un contrato autónomo e independiente pues el pago de primas de seguro previsional con ocasión a las primas de esta naturaleza en este sentido se tiene que estos elementos son propios de este sistema son predisposiciones adhesivas conforme a la Ley 100 de 1993 y remitirlas a Colpensiones pues efectivamente generan un desgaste propio aquí a mi representada y como tal al sistema de capitalización en cuanto pues en el tiempo en el cual la parte se encontró adscrito o vinculada dentro de la entidad pues disfrutó de los beneficios propios de estos por lo cual pues al ser emolumentos ajenos a Colpensiones no le competen, recibirlos o integrarlos por cuanto son distribuciones que solamente se pueden desarrollar conforme al funcionamiento de la cuenta de ahorro individual de la aquí accionante en estos términos, señoría dejo sustentando el recurso”

² “Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal oportuna me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia acabada de proferir con el fin de que el honorable Tribunal superior de Bogotá en su sala laboral resuelva sobre el asunto de precedencia y se sirva revocar las condenas impuestas a mi representada Porvenir S.A bajo las siguientes argumentaciones: La demandante al momento del traslado era una persona capaz y por ende tenía conocimientos que llevaron a tomar una decisión libre, voluntaria e informada de trasladarse con Porvenir S.A para el año 2004 las AFPS realizaron

EXP. 12 2019 00471 01

Gloria Nélide Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES, afirma se cumplió con la normatividad aplicable para el momento del traslado y con la firma del formulario de afiliación, la demandante aceptó de manera espontánea, libre y expresa el traslado. Señala que el *a quo* al momento de proferir sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, como quiera que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico del cual no puede verse afectado, ni beneficiado por las consecuencias del contrato celebrado entre las partes. Asegura que con la decisión adoptada se ve afectada la sostenibilidad financiera del sistema y por ello existe la prohibición legal de traslado. Solicita que en caso de confirmarse el fallo se condicione el cumplimiento de la sentencia al reintegro de los recursos³ (Audiencia virtual, récord 56:40, archivo 30 del expediente digital, trámite de primera instancia).

publicaciones a través de las cuales le informaban a los afiliados que podían trasladarse de régimen y si así lo quisieran en virtud del periodo de Gracia contemplado por la ley 797 de 2003 conviene precisar también que la demandante se encuentra inmersa en la restricción de traslado contenida en el literal e del artículo 13 de la ley de 1993 modificada por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 lo anterior no sé comparte la decisión Del despacho de declarar la ineficacia del traslado, ni se comparte los efectos jurídicos que se le dio sin eficacia por cuanto en este asunto no se aprobó los eventos previstos en el artículo 1741 del código civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado lo que conduce a que este goce de plena validez cabe resaltar el despacho también que la demandante le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que desea contratar o utilizar, luego tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con mi representada Porvenir S.A teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias precisas y suficientes que le posibilitaron la toma de decisiones informadas. Ahora bien, respecto de la condena de devolución de gastos de administración y demás rubros de manera indexada me permito resaltar que la misma es improcedente de acuerdo con lo mencionado en sentencias C-00161 del 13 de mayo del 2010 magistrado Edgardo Villamil Portilla en donde se señala que la indexación consiste en “La actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación todo bajo la idea de que el pago sea cual fuera el origen de la prestación debe ser íntegro con forma de cantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias que a la postre fue recogida por artículo 16 de la ley 446 de 1998”. Adicionalmente a través de Sentencia SL-9316 de fecha 29 de junio del 2016 se precisó que la indexación es “La simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía en este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados por lo cual resulta incompatible ordenar la indexación pues los recursos de la cuenta ahorro individual de la demandante no se han visto afectados por el fenómeno de la inflación y por el contrario han generado rendimientos financieros superiores a los rendimientos mínimos establecidos por el gobierno nacional finalmente ruego al honorable tribunal superior de Bogotá absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda así dejó sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias”

³ *“Si Doctora muchísimas gracias, es del interés de Colpensiones el presentar el recurso de apelación frente a la sentencia referida por su despacho con anterioridad, con sumo respeto dentro de la siguiente consideraciones, en un principio de manifestar que al momento de la decisión de declarar la ineficacia del traslado régimen la demandante el *a quo* consideró que la falta al deber de información que tenía la administradora de fondo de pensiones al momento de la suscripción del formulario de la afiliación pasó por alto que para esta fecha de traslado la realidad del momento, según la normatividad aplicable para la Ley 100,*

EXP. 12 2019 00471 01

Gloria Nélide Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más

artículo 13, literal b y e del Decreto 692 del 94. el Decreto 663 del 93 era que la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma el formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva en el documento suscrito y registrados por la demandante por esto mismo no es razonable de alguna forma imponerle a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos dentro del ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen, pues está la exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa pues la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la carta constitucional, el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga es sí mismo, como señores magistrados, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en las normas inexistentes, como se hizo por parte del a quo no tiene justificación jurídica alguna y viola de alguna forma el debido proceso de Colpensiones quien sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación esto con base a que no se tuvo en cuenta el momento de proferir la sentencia tan importante principio de relatividad jurídica, esto en torno a que Colpensiones es un tercero en este asunto y el de recordar que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de la celebración de este acto jurídico solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual es de tenerse en cuenta honorables magistrados que la entidad a la que represento no puede de ninguna manera verse favorecida y mucho menos perjudicada por este contrato que se celebró entre la demandante y la administradora de fondo de pensiones. Por último y abonado al anterior, pongo en su consideración, señores magistrados, que en este asunto la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada por el a quo esto en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la constitución política, adicionado por el artículo primero, el acto legislativo 01 del 2005, en donde reiteramos señores magistrados, que el artículo dos de la ley 797 del 2003 en el cual se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad, para tener el derecho a la pensión de vejez y ello tiene su razón de ser, toda vez que debe entenderse que es el principal propósito que tuvo el legislador para establecer esta prohibición, es proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la norma, actividad pensional y así no generar desequilibrio patrimonial con lo anterior, señores magistrados, dejó sustentado el presente recurso, solicitando de antemano que se revoque la decisión que acaba de proferir el juzgado 12 laboral del circuito y en consecuencia se absuelva a mi representada en cada una de las pretensiones en su contra asimismo, le solicito a los señores magistrados que se adicione a la sentencia que la condena impuesta a la entidad que represento con la obligación de hacer a favor de la demandante. se condiciona el previo cumplimiento de las obligaciones se le impongan al administrador de fondos de pensiones, toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta en tanto esta reintegre los recursos a mi representada y actualiza la información de la demandante en la respectiva base de datos. Muchísimas gracias su señoría y con ello concluyó.”

EXP. 12 2019 00471 01

Gloria Nélide Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1° de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 34⁴ años de edad y había cotizado 365,89⁵ semanas,

⁴ Nació el 15 de julio de 1961.

EXP. 12 2019 00471 01

Gloria Nélica Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

incluidos los tiempos de servicios cotizados a las diferentes cajas de previsión social, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 5 años, 7 meses y 1 día)⁶, y para la fecha de presentación de la demanda ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 58 años de edad- ver folio 7 y 137 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{7, 8}. Según el criterio de la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

⁵ Ver historia laboral expedida por Colpensiones, archivo 6 del expediente administrativo, Ver historia laboral expedida por Porvenir páginas 63 a 65 archivo 01, y certificados de información laboral, ver página 67 a 110 a archivo 01.

⁶ *Ibidem*

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁸ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos,*

EXP. 12 2019 00471 01

Gloria Nélica Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 12 2019 00471 01
Gloria Nélide Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues COLFONDOS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, los asesores de COLFONDOS fueron a su lugar de trabajo y le indicaron que si se trasladaba se podría pensionar a cualquier edad y que en caso de no reunir los requisitos podría solicitar la devolución de los aportes, pero que no le indicaron cómo funcionaba el RAIS o cuales eran los requisitos para pensionarse. (Audiencia virtual del 26 de junio de 2023, récord 18:05).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

EXP. 12 2019 00471 01
Gloria Nélide Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

El traslado debe efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó el Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y estableció que *“las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley”*. El Decreto 2527 de 2000, establece además, que las Cajas, Fondos, o entidades públicas, continuaran reconociendo o pagando pensiones, *“mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”*.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de COLFONDOS. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁹), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”*

⁹ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de*

EXP. 12 2019 00471 01
Gloria Nélide Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.

(SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLFONDOS.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
- 2. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
- 3. COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLFONDOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 12 2019 00471 01
Gloria Nélida Cubides Rodríguez vs Colpensiones y otros.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

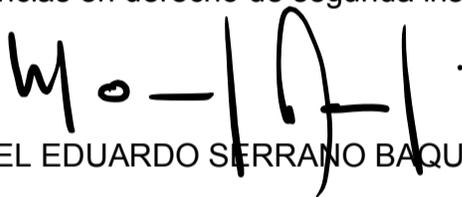
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 12 2021 00567 01
Nubia Esperanza Cortes Cárdenas contra Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE NUBIA ESPERANZA CORTES CÁRDENAS
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia dictada el 4 de julio de 2023 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones de la demanda, con la cual pretendía el pago de unas mesadas de pensión de invalidez.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NUBIA ESPERANZA CORTES CÁRDENAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se reconozcan y paguen las mesadas pensionales causadas entre el 6 de febrero de 2018 y el 2 de septiembre de 2019, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y subsidiariamente la indexación.

Como fundamento de lo pedido afirma que la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ la calificó con una pérdida de capacidad laboral del 51.06% y estableció como fecha de estructuración 6 de febrero de 2018, dictamen que no fue objeto de recurso. Mediante resolución SUB 13844 del 17 de enero del 2000 le fue reconocida la pensión de invalidez a partir del 1 de febrero de 2020, decisión que fue modificada mediante resolución DPE

EXP. 12 2021 00567 01

Nubia Esperanza Cortes Cárdenas contra Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

5116 del 1 de abril de 2021, en la que se estableció un pago único por concepto de retroactivo a partir del 3 de septiembre de 2019. Afirma que mediante resolución 9187 de 2021 se le negó un nuevo estudio de su pensión de invalidez, decisión que fue confirmada al desatar los recursos de reposición y apelación (ver demanda páginas 5 a 8 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda, compareció al proceso la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que reconoció la pensión de invalidez a la demandante bajo lo normado en la Ley 860 de 2003, a partir del 1 de febrero de 2020. Dice que según el certificado de incapacidades emitido por COMPENSAR EPS el 1 de octubre de 2020, la última incapacidad efectivamente pagada a la demandante fue el 2 de septiembre de 2019 por lo que se encuentra ajustado a derecho reconocer la prestación a partir del 3 de septiembre de 2019. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 2 a 10 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 4 de julio de 2023, mediante la cual la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión, con fundamento en normas y jurisprudencia, consideró improcedente el pago de mesadas de pensión mientras se reciben subsidios por incapacidad temporal continuos o discontinuos con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, como lo realizó COLPENSIONES.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora NUBIA ESPERANZA CORTÉS CÁRDENAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: costas en esta instancia a cargo de la demandante e*

EXP. 12 2021 00567 01

Nubia Esperanza Cortes Cárdenas contra Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

inclúyase como agencias en Derecho, la suma de \$300.000. TERCERO: en caso de no ser apelada la presente decisión por la accionante remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.” (Audiencia virtual, récord 21:42, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la demandante pide que se revoque la sentencia y le sea reconocido el retroactivo pensional. Afirma que, si bien la EPS pagó unas incapacidades, lo cierto es que estas no fueron continuas ni completas. Dice que se pagaban por 7, 18 y 19 días. Solicita que se reconozca de manera proporcional al pago de las incapacidades el retroactivo pensional y se condene al pago de los intereses moratorios y en subsidio la indexación (Audiencia virtual, récord 22:42, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia)¹

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia: (i) que mediante resolución SUB 13844 de 2020 le fue reconocida pensión de invalidez a la demandante a partir del 1 de febrero de 2020 en cuantía del smmlv (ver páginas 23 a 29 archivo 01 trámite de primera instancia); (ii) que mediante resolución DPE 5116 de 2020 se modificó la resolución SUB 13844 de 2020 para establecer el reconocimiento a partir del 3 de septiembre de 2019 (ver páginas 35 a 41 archivo 01 trámite de primera instancia); (iii) que la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA profirió dictamen el 28 de junio de 2019, en el que estableció la PCL de la demandante

¹ “Señor juez, me permitió interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral y en consecuencia solicito se revoque el fallo de primera instancia, pues, tal como consta el certificado de incapacidad emitido por compensar. El dictamen de pérdida de capacidad de la señora Nubia esperanza Cortés, pese a que la EPS en la que se encontraba afiliada mi mandante pagó incapacidades, esas incapacidades no se realizaron de manera continua y además de eso las incapacidades no se pagaron de manera completa, se pagaban incapacidades de 7 días, 18 días, 19 días Por lo que ruego a los señores magistrados se revoque el fallo de primera instancia y se reconozcan las pretensiones incoadas a nombre de la demandante de manera proporcional al pago de las incapacidades que ya se le pagaron con el fin de que no se vaya a dar un doble pago, igual que se condone en intereses moratorios del artículo 141 en la edición de 1993, subsidiariamente, la indexación de las sumas que se reconozcan y las costas procesales. Muchas gracias.”

EXP. 12 2021 00567 01

Nubia Esperanza Cortes Cárdenas contra Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

en el 51,06% con fecha de estructuración el 6 de febrero de 2018 (ver páginas 15 a 21 archivo 01 trámite de primera instancia)

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con la materia que fue objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se circunscribe en determinar a partir de qué momento se debe pagar a la demandante la pensión de invalidez.

Para resolverla la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al resolver casos similares al que se decide ha señalado que, si bien el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 dispone el pago de la pensión de invalidez “*en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado*”, cuando existen subsidios por incapacidad temporal, continuos o discontinuos, con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, las mesadas pensionales se comenzarán a pagar sólo a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad (sentencia SL5170-2021 que recogió criterios anteriores²).

Con esta premisa normativa y jurisprudencial, y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión apelada, pues la demandante solo podía devengar la prestación por invalidez una vez dejó de recibir subsidio por incapacidad. Si bien se causó la pensión con la estructuración de la invalidez el 6 de febrero de 2018, el pago de las mesadas de pensión procedía a partir del momento en el que la demandante hubiera dejado de percibir ingresos por concepto de salario o por auxilio monetario por incapacidad, lo que ocurrió el 2 de septiembre de 2019 cuando la EPS COMPENSAR pagó la

² “*En efecto, la parte final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 establece que la pensión de invalidez se comenzará a pagar, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez. De igual manera, el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, vigente para la época en que se le reconocieron incapacidades al recurrente, concierne a la incompatibilidad entre el pago de las mesadas pensionales y subsidios por incapacidad temporal. Armonizando lo anterior, el correcto entendimiento de los textos propone el reconocimiento de la prestación a partir de la extinción de la última incapacidad temporal, aun cuando el estado de la invalidez se estructure en una fecha anterior, dado el carácter de incompatible que acompaña a estas dos prestaciones.*

(...)

Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar su doctrina, en el sentido de señalar que cuando existen subsidios por incapacidad temporal, continuos o discontinuos, con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, las mesadas pensionales se comenzarán a pagar sólo a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad, postura con la cual queda rectificadada y delineada su posición con relación a criterios anteriores que le hubieren sido contrarios (SL1562-2019).”

EXP. 12 2021 00567 01

Nubia Esperanza Cortes Cárdenas contra Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

última incapacidad prescrita a su favor, en la suma de \$59.901, conforme se observa en la certificación de incapacidades pagadas por la EPS (ver página 12 y 13 archivo 01 del expediente digital).

Para responder al recurso de la demandante basta con transcribir el contenido de la sentencia de la Corte que se citó atrás, según la cual, *cuando existen subsidios por incapacidad temporal, continuos o discontinuos, con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, las mesadas pensionales se comenzarán a pagar sólo a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad (...)*". No sobra señalar que esta Sala de decisión del Tribunal de Bogotá ha dicho, desde siempre, que aceptar el pago de mesadas desde una fecha anterior a la última incapacidad, *"estaría avalando judicialmente el pago simultáneo de pensión y salario, o lo que es peor, el pago simultáneo de mesadas pensionales y auxilio económico por incapacidad, lo que está expresa y claramente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico"*.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
 2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandante.
- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 12 2021 00567 01

Nubia Esperanza Cortes Cárdenas contra Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 12 2022 00173 01
Pablo Enrique Rozo Moreno contra Colpensiones y otro.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE PABLO ENRIQUE ROZO MORENO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, la sentencia dictada el 29 de junio de 2023 por la Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, PABLO ENRIQUE ROZO MORENO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual a través de su vinculación a la AFP PORVENIR en el mes de diciembre de 1995, por existir *engaño y asalto en su buena fe*, inducirlo en error y viciar su consentimiento para que se trasladara de régimen pensional. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR retornarlo a COLPENSIONES junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, ya esta última, a recibirlo en el régimen de prima media con

EXP. 12 2022 00173 01
Pablo Enrique Rozo Moreno contra Colpensiones y otro.

prestación definida y mantenerlo como su afiliado sin solución de continuidad (folios 4 a 21, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas contestaron la demanda a través de apoderados para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que la afiliación suscrita por el demandante con esa entidad el 27 de diciembre de 1995 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, como se observa del formulario de vinculación en el que consta la declaración escrita a la 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 C.G.P. y el parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. Señala que el demandante realizó aportes voluntarios y continuos por más de 27 años al RAIS sin mostrar inconformidad y que fue sólo hasta que se le negó la solicitud de traslado que alega una *supuesta* nulidad de la decisión que tomó en el año 1995, por lo que considera que no existen vicios del consentimiento. Advierte que el demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que le impide trasladarse de régimen. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (ver contestación folios 2 a 26, archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, también se opuso a las pretensiones de la demanda. A su juicio, el demandante realizó el traslado de manera libre y voluntaria pues PORVENIR lo asesoró manifestando de manera clara y detallada la totalidad de las condiciones y consecuencias de la afiliación al RAIS las que el demandante manifestó conocer y comprender al suscribir el formulario de afiliación, razón por la cual dicho acto es válido. Sostiene que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado contenida en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 al estar a menos de 10 años de adquirir la edad de pensión. En su defensa propuso como excepciones de mérito: 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, imposibilidad de condena en costas, buena fe y declaratoria de otras excepciones*

EXP. 12 2022 00173 01
Pablo Enrique Rozo Moreno contra Colpensiones y otro.

(ver contestación folios 2 a 12, archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de junio de 2023, mediante la cual la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR (antes COLPATRIA) no cumplió con el deber de información caracterizado por la entrega de elementos de juicio suficientes sobre las características, modalidades, desventajas y la forma como se calcula el monto de la pensión, que permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor PABLO ENRIQUE ROZO ROMERO, identificado con cédula ciudadanía 442.445 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA hoy PORVENIR del 27 de diciembre del 95, conforme a lo considerado en esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor PABLO ENRIQUE ROZO ROMERO al régimen de prima media, conforme a lo expuesto. TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor PABLO ENRIQUE ROZO ROMERO, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor PABLO ENRIQUE ROZO ROMERO al régimen de ahorro individual, y una vez ingresé en los dineros, actualice su información en la historia laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR y COLPENSIONES. Por secretaría,*

EXP. 12 2022 00173 01
Pablo Enrique Rozo Moreno contra Colpensiones y otro.

practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada uno. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por COLPENSIONES remítase al expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.” (Audiencia virtual, récord 39:25 archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, asegura que no es razonable o jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones o soportes de información que no estaban vigentes al momento del traslado, porque ello va en contra del principio de confianza legítima y trasgrede el debido proceso. Sostiene que la juez no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, específicamente, que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que no puede verse afectado o beneficiado por las consecuencias de la ineficacia que se declara. Asegura que con la decisión adoptada se afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y que es por esa razón que existe una prohibición legal para traslados como el del demandante. En caso de confirmarse el fallo, pide que se condicione el cumplimiento de la órdenes impuestas a su cargo al previo cumplimiento por parte de PORVENIR¹ (Audiencia virtual, récord 41:51, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“Doctora muchísimas gracias, estando en la etapa procesal adecuada a presenta recurso de apelación frente a la decisión tomada por el despacho en el día de hoy sustentado en un principio en los argumentos planteados en el escrito de la demanda puntualmente, dado que no es razonable o jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información que no estaban previstos en el ordenamiento jurídico vigente, el momento del traslado del régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente la posibilidad de defensa o la oportunidad de interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta Constitucional el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga y dentro del proceso en el cual estamos inmersos el día de hoy, se pretenden aplicar normas respecto de doble asesoría y demás cuestiones que no estaban referenciadas o estaban vigentes al momento en el cual se realizó el traslado y la afiliación del señor demandante. Ahora bien, señores magistrados, es de tener en cuenta que la conducta de los fondos con bases a normas inexistentes, como lo acaba de plantear en realizar un análisis sobre ello, como lo acaba de hacer el a quo no tiene un sustento jurídico, toda vez que viola el debido proceso, el cual está inmerso Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta al momento de preferir la sentencia el principio de relatividad jurídica, esto en torno a que Colpensiones es un tercero en este asunto y es de recordar que los actos jurídicos en principio tienen los efectos inter-partes y las consecuencias que se deriven de la celebración de este acto jurídico solo deben repercutir sobre las partes involucradas por lo cual es de tenerse en cuenta, señores magistrados, que la entidad de la que represento no puede verse de ninguna manera tanto favorecida como perjudicada dentro del contrato que se celebró entre el demandante y la administradora de fondo de pensiones. Es por ello que pongo a su consideración que este asunto, que administradora colombiana de pensiones, resulta lesionada con la decisión que se adoptó por parte del a quo esto en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema consagrada en los artículos 48 de la Constitución y adicionados por el artículo primero del acto legislativo 01 del 2005.*

EXP. 12 2022 00173 01
Pablo Enrique Rozo Moreno contra Colpensiones y otro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Sólo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo*

Es en este punto donde se reitera que en el artículo segundo de la Ley 797 del 2003, el cual se hace una prohibición expresa de que los afiliados no podrán trasladarse al régimen cuando les faltará en 10 años o menos para cumplir la edad, para tener el derecho a la pensión de vejez, y esto tiene un trasfondo y una razón de ser, toda vez que debe entenderse que el principal propósito por el cual todo el legislador de establecer esta prohibición es proteger el fondo común por el medio del cual Colpensiones usa para pagar sus respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumple con los requisitos estipulados en la norma pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial. Es por ello que con esos argumentos se deja sustentado el recurso de apelación el día de hoy reiterándole a los señores magistrados que por favor se revoque la decisión que acá prefería el juzgado 12 laboral del circuito de Bogotá y en consecuencia, se absuelva mi representada en cada una de las protecciones en su contra, de ser el caso, señores magistrados solicito, se adiciona la sentencia que dé lugar a la condena impuesta a la entidad que represento con una obligación de hacer a favor del demandante, la cual se dé condicionada previo el cumplimiento de las obligaciones que se le impongan a porvenir, toda vez que el pensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la administradora de fondo de pensiones reintegre a mi representada y actualice la información del demandante dentro de la respectiva base de datos. Señora Melissa, muchísimas gracias, doctora, con ello doy por terminado mi recurso de apelación.”

EXP. 12 2022 00173 01
Pablo Enrique Rozo Moreno contra Colpensiones y otro.

que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 31² años de edad y había cotizado 70,29³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía semanas cotizadas de acuerdo a las documentales aportadas⁴ y para la fecha de presentación de la demanda contaba con la edad para acceder al derecho pensional (tenía 58 años de edad, folio 45 archivo 01 y archivo 02 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de

² Nació el 27 de noviembre de 1964, folio 45 archivo 01.

³ Ver historia laboral expedida por Colpensiones, archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia.

EXP. 12 2022 00173 01
Pablo Enrique Rozo Moreno contra Colpensiones y otro.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción⁵,⁶. Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma*

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

EXP. 12 2022 00173 01
Pablo Enrique Rozo Moreno contra Colpensiones y otro.

correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) y -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues COLPATRIA hoy PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según dijo, la asesora de Porvenir le indico que el ISS se iba a acabar pero que no le explicaron cual era el funcionamiento del RAIS ni las ventajas y deferencias con el RPM (ver archivo 18 del expediente digital, récord 11:08).

EXP. 12 2022 00173 01
Pablo Enrique Rozo Moreno contra Colpensiones y otro.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas de la aseguradora, comisiones, rendimientos, gastos de administración, frutos e intereses debidamente indexados. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan, por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

EXP. 12 2022 00173 01
Pablo Enrique Rozo Moreno contra Colpensiones y otro.

Finalmente, carece de objeto la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de la AFP, porque la parte resolutive de la decisión de primera instancia así lo estableció.

SIN COSTAS en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 12 2022 00474 01
Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JESSICA DEL SOCORRO LOZANO MURILLO
CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS Y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última la sentencia dictada el 18 de julio del 2023 por la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JESSICA DEL SOCORRO LOZANO MURILLO presentó demanda contra la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad y/o ineficacia* de su traslado al Régimen de Ahorro individual con solidaridad, realizado a través de la afiliación a COLFONDOS S.A. el 20 de enero de 1995 por cuanto dicho fondo de pensiones no le suministró información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto a su *perspectiva pensional*. En consecuencia, pide que se declare válida su voluntad de estar afiliada a COLPENSIONES, se condene a esa entidad a recibirla como su afiliada y a COLFONDOS devolver al régimen de prima

EXP. 12 2022 00474 01
Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

media todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado (ver demanda folios 4 a 41 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Afirma que la demandante se afilió a COLFONDOS de manera libre y voluntaria, luego de informarle de manera clara y detallada sobre las condiciones del régimen pensional y las consecuencias que le acarrearía dicho acto, lo cual manifestó conocer y comprender al suscribir de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 2 a 13 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. también se opuso éxito de las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administre sus aportes, que para el caso fue el RAIS. Afirma que los asesores de esa entidad brindaron información integral y completa a la afiliada, respecto de todas las implicaciones de su traslado, las características del RAIS, el funcionamiento de dicho régimen, las diferencias con el RPM y las ventajas y desventajas de ambos regímenes, entre otros. Asegura que no se puede concluir que dicho acto fue nulo por cuanto cumplió con todos los presupuestos de ley, el formulario de vinculación contiene la firma de la accionante y no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado. Presentó como excepciones de fondo las siguientes: *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la*

EXP. 12 2022 00474 01
Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y ratificación de la afiliación del actor (sic) al fondo de pensiones obligatorios administrado por COLFONDOS S.A. (ver contestación folio 3 a 21 archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de julio de 2023, mediante la cual la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ, la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora JESSICA DEL SOCORRO LOZANO MURILLO, identificada con C.C No. 51.899.943, del régimen de prima media con prestación definida administrada por CAJANAL al de ahorro individual con solidaridad administrada por COLFONDOS el 20 de enero del 1995, conforme a lo considerada en la parte motiva esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora JESSICA DEL SOCORRO LOZANO MURILLO al régimen de prima media con prestación definida. TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora JESSICA DEL SOCORRO LOZANO MURILLO, tales como cotizaciones y bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones y rendimientos mermas sufrida en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que posea la demandante su cuenta de ahorro individual*

EXP. 12 2022 00474 01

Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

debidamente indexados, conforme a lo expuesto. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que remita COLFONDOS S.A, con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora JESSICA DEL SOCORRO LOZANO MURILLO al régimen de ahorro individual con solidaridad y una vez ingresen los dineros, actualice su información en la historia laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado. SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia COLFONDOS S.A y POVERNIR (sic) a favor de la demandante. Por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000 pesos para cada una. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por COLPENSIONES remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.” (Audiencia virtual, récord 42:53, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS afirma la demandante de manera libre, voluntaria y espontánea decidió suscribir el formulario de afiliación, acto que no se efectuó bajo ninguna presión o coacción. Recuerda que para que sea válida una afiliación esta debe realizarse dentro de los términos y oportunidades dispuestos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Con relación a los gastos de administración asegura que no es procedente su devolución pues se trata de un porcentaje cuyo descuento está autorizado por la ley para cubrir la gestión de la administradora y los seguros previsionales, que ya no hacen parte del patrimonio de esa AFP¹ (Audiencia virtual, récord 45:02, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Señora juez, en este estado de la diligencia procedo a interponer recurso apelación, el cual sustentó en los siguientes términos: En primer lugar, y en lo que respecta a la declaración de la ineficacia de la afiliación que se forma en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, como elementos que hicieran ineficaz una afiliación al sistema general de pensiones en primer lugar debo reiterar que la suscripción de la vinculación proviene directamente del afiliado pero fue la señora Jessica Lozano en Murillo quien de su puño y letra suscribió formulario de vinculación al fondo de pensiones Colfondos como así se expresa en este formulario aportado en segundo lugar la afiliación no se efectuó bajo ninguna presión o coacción, ni voz, ni vulneró la libre voluntad de afiliación de las afiliadas esta situación no se presentó fue la demandante reitero de manera consciente y voluntaria, espontánea y sin ningún tipo de presión, se trasladó al fondo de pensiones obligatorias administrada por Colfondos también me permito reiterar solicitarle a al honorable magistrado que conozca en segunda instancia este proceso lo

EXP. 12 2022 00474 01

Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

En el recurso de COLPENSIONES considera que la decisión contraría lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, los principios de sostenibilidad financiera y equidad, máxime cuando la demandante no acreditó la existencia de alguna causal de nulidad y por el contrario dio cuenta que su voluntad era permanecer afiliada al RAIS² (Audiencia virtual, récord 48:38, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

establecido en la sentencia SL 1806 de 2022, donde se indica que es clara las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales que tienen un sustento legal, pues de otra manera se explica que el legislador hubiera sido tan explícito al disponer que las personas jurídicas son naturales que impidan o atente contra cualquier forma el derecho de las personas a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de Seguridad Social. Asimismo conviene a este recurso en mencionar la sentencia radicado 39772 del 5 de octubre del 2010, donde la sala precisó que la primera vinculación al sistema es permanente y por lo tanto vitalicia e irrepitable de suerte que pueda entenderse la validez de una nueva afiliación debe efectuarse dentro de las oportunidades dispuestas en el literal e en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, respecto a la orden dada en el numeral tercero de que mi representada devuelva gastos de administración, me permito reiterar que cada aporte realizado por la demandante al sistema general de pensiones, un porcentaje fue destinado para cubrir gastos de administración y para pagar el seguro previsional de la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley estos gastos de administración y de la correcta administración de estos aportes por parte de este fondo de pensiones generó unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual asimismo, las sumas destinadas o las sumas adicionales, estas mismas no hacen parte del patrimonio de Colfondos pues fueron destinados a unos terceros además de la autorización legal que tiene mi representada para realizar tales descuentos de las cotizaciones que hace la parte demandante igual manera no hay lugar a reconocer las mermas sufridas en el capital pues teniendo en cuenta que la vinculación se hizo libre y voluntaria y como lo estipula la ley, cada cotización que hizo la demandante pues se ajusta a parámetros legales establecidos para el régimen de ahorro individual de esta manera, señora juez, me permito dejar sustentadas recurso de apelación. Gracias.”

² *“Muchas gracias, señora juez, bueno en esta oportunidad procesal me permito interponer el recurso de apelación en contra de la decisión dada por su despacho de manera respetuosa en los siguientes términos al declarar la nulidad de las afiliaciones al régimen de ahorro individual con solidaridad de la señora Jessica del Socorro Lozano Murillo contraría a lo establecido en el artículo dos de la Ley 797 del 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 del 93 además generaría esto un desequilibrio a la sostenibilidad financiera de Colpensiones pues al vincular y al beneficiar a la señora Jessica del Socorro Murillo quien está próxima a Pensionarse Beneficiarla con los aportes de los demás, pues resultaría contrario no solo al concepto de constitucional de equidad, sino pues al también al principio de eficiencia pensional no resulta entonces un capricho por parte de Colpensiones el no acceder al retornar a la señora Jessica del socorro a este régimen sino que su decisión se ha ajustado a derecho y garantizando el principio de sostenibilidad financiera así las cosas, no hay razón a que se declare la nulidad de la afiliación del régimen al régimen de ahorro individual con solidaridad de la señora Jessica del Socorro Lozano Murillo, en razón a que esta filiación tiene plena validez y legalidad, pues no se probó por parte del accionante alguna de las causales de nulidad, vicio de consentimiento, error, fuerza, dolor, sino que por el contrario la parte actora confesó que la demandante se afilió y trasladó sus aportes al régimen de ahorro individual administrado por fondos privados por tanto, existió una voluntad al trasladarse a este régimen, máxime cuando duro más de 27, 28 años realizando aportes a continuos a este fondo privado de lo anterior, bueno, señora juez, solicito de manera*

EXP. 12 2022 00474 01
Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta

respetuosa también al superior jerárquico de este despacho que revoque la decisión proferida y que esta forma se absuelva a la entidad Colpensiones y no acceder a las pretensiones incoadas por la demandante. De igual manera, se abstenga de condenar en costas a mi representado pues este, como se ha manifestado en reiteradas ocasiones, no tuvo injerencia alguna en la voluntad del Accionante y de la misma manera, pues no ha sido posible el retornar a la accionante a Colpensiones, toda vez que la accionante se encuentra en una prohibición legal, como se ha establecido en el desarrollo del proceso. Muchísimas gracias, señora juez.”

EXP. 12 2022 00474 01
Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 27³ años de edad y había cotizado 232⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 3 años, 8 meses y 4 días⁵), y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 53 años de edad- ver folio 44 del archivo 01 y archivo 02 del del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

³ Nació el 12 de noviembre de 1967.

⁴ Ver historia laboral expedida por COLFONDOS, folios 31 a 51 del archivo 09 del expediente digital, primera instancia.

⁵ *Ibidem*.

EXP. 12 2022 00474 01

Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{6, 7}. Para la Corte los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido, para la Corte: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones*

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

EXP. 12 2022 00474 01

Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues COLFONDOS S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión específicamente para cada afiliado.

EXP. 12 2022 00474 01

Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, no sabía que con la firma del formulario de afiliación se estaba traslado de régimen y que el asesor de COLFONDOS le indicó que CAJANAL con la nueva ley iba a desaparecer por lo que la invitó a afiliarse a ese fondo con el cual obtendría una pensión más alta, que esa prestación podía ser heredada a sus hijos, que se podía retirar en cualquier momento y que sus aportes se los iban a devolver (Audiencia virtual del 18 de julio de 2023, archivo 15 del expediente digital, récord 9:43).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Se resalta que, pese a que la demandante se encontraba afiliada a CAJANAL, el traslado debe efectuarse a COLPENSIONES como lo ordenó el Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y estableció que *“las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los*

EXP. 12 2022 00474 01

Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley". El Decreto 2527 de 2000, establece, además, que las Cajas, Fondos, o entidades públicas, continuarán reconociendo o pagando pensiones, *"mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones"*.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL 1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en

⁸ *"En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes"*.

EXP. 12 2022 00474 01
Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 12 2022 00474 01
Jessica Del Socorro Lozano Murillo contra Colpensiones y otro.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE AYDÉ MARÍN PÁEZ Y KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN CONTRA PORVENIR S.A., trámite al que se vinculó A ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES COMO INTERVINIENTE AD-EXCLUDENDUM.

Bogotá D. C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para estudiar los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2023 por la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se condenó a PORVENIR a reconocer a favor de KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO junto con los reajustes legales y la mesada adicional, debidamente indexada. Se negaron las pretensiones efectuadas por AYDÉ MARÍN PÁEZ y ROSALVINA ESCAMILLA.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, AYDÉ MARÍN PÁEZ, actuando en su propio nombre y en representación de su mejor hija KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN, presentó demanda en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, y que son beneficiarias de la pensión en un 50% cada una, la

primera en calidad de compañera permanente y la segunda como hija del causante, en consecuencia piden que se ordene el pago retroactivo de las mesadas causadas y no pagadas con los reajustes anuales, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la indexación. En subsidio, piden que se declare que la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes es KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN como hija del causante, y se condene a PORVENIR S.A. a pagarle la diferencia de la mesada pensional reconocida, debidamente reajustada y con intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones afirma AYDÉ MARÍN PÁEZ que nació el 24 de julio de 1972 y convivió con JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO (Q.E.P.D.) desde 1992 hasta la fecha de fallecimiento de su compañero, compartiendo techo, lecho y mesa, lapso durante el cual conservaron los lazos afectivos, auxilio mutuo, acompañamiento espiritual y apoyo económico. Fruto de esa unión nacieron KELLY JOHANA (de 25 años), CARLOS FELIPE (de 23 años quien no estudia) y KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN (de 15 años y es estudiante). Aseguran que JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO era quien *respondía económicamente* por la demandante principal y sus tres hijos y, por ende, quien cubría las necesidades básicas como alimentación, vestuario, educación, calzado, medicinas, cuidado personal, etc., pues ella no contaba con ingresos permanentes ni recibe ninguna clase de pensión. Informa que JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO, quien falleció el 27 de abril de 2013, se encontraba afiliado a PORVENIR, entidad a la que efectuó cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 20 de octubre de 1995 y hasta el 4 de abril de 2013, por lo que causó el derecho a la pensión de sobrevivientes. Sostiene que el 30 de mayo de 2013, mediante radicado No. 0190143019081700 solicitó el reconocimiento de la prestación a su favor y de sus tres hijos, petición que fue respondida mediante oficio No. 547 radicado 020001111631000 del 2 de septiembre de 2014, en la cual PORVENIR S.A. reconoció la pensión de sobrevivientes únicamente a favor de KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN en cuantía de \$171.811 que corresponde a un porcentaje de la mesada. Refiere que el 20 de septiembre de 2017 solicitó nuevamente la pensión, pero sobre dicha petición el fondo de

pensiones no se pronunció (ver demanda y su subsanación folios 4 a 27 y 100 a 123 del expediente físico y folios 8 a 31 y 112 a 135, archivo 01 del expediente digital, primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones afirmando que desde el 17 de julio de 2014 reconoció a favor de KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN y CARLOS FELIPE MARIÑO pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO, en calidad de hijos supérstites, en cuantía equivalente al 50%, y dejó en suspenso el 50% restante debido a la controversia que se suscitó entre AYDÉ MARÍN PÁEZ y ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES; acrecentó la mesada pensional de KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN con el porcentaje dejado de percibir por su hermano CARLOS FELIPE MARIÑO quien adquirió la mayoría de edad e indicó no seguir estudiando. Advierte que acatará cualquier orden judicial que resuelva el conflicto presentado entre quienes aseguran ser compañeras permanentes del causante. Indica que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en este caso no procede el pago de intereses moratorios. Menciona que el 30 de junio de 2013 se presentó ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES, alegando la condición de compañera permanente de JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO (Q.E.P.D.) a solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, situación que informa a la demandante, y que el 20 de junio de 2013 realizó investigación a la demandante y su grupo familiar para el pago de prestaciones económicas, por parte de la empresa LEÓN & ASOCIADOS. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *cumplimiento de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada e inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.; cobro de lo no debido; falta de legitimación en la causa por activa; imposibilidad legal para reconocer un derecho pensional, cumplimiento del deber legal; buena fe y prescripción* (ver contestación folios 192 a 200 del

expediente físico, y 275 a 289 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante auto del 15 de enero de 2019, se vinculó al trámite a ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES como *litisconsorte necesario* a fin de que ejerciera su derecho de defensa y contradicción (folios 255 del expediente físico y 341 y 342 archivo 01 del expediente digital, primera instancia).

Enterada de la demanda y corrido el traslado legal, ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES compareció a través de apoderada judicial. No contestó la demanda¹, sin embargo, presentó demanda como *interveniente ad excludendum*. Pide que se condene a la demandada PORVENIR a reconocer en su favor el 50% de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO, en condición de compañera permanente, y a pagar el retroactivo causado desde el 27 de abril de 2013, debidamente indexado. Como fundamento de sus pretensiones asegura que convivió con JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO, en forma permanente e ininterrumpida desde el 7 de diciembre de 2008 hasta la fecha de su fallecimiento acaecida el 27 de abril de 2013, la cual *tuvo transcendencia en una verdadera familia por un lapso casi de 5 años bajo el mismo techo, lecho y habitación*, y que no procrearon hijos *por acuerdo personal entre los dos*. Indica que la pareja pagaba arriendo por la vivienda en la que residían y que acompañó al causante en los momentos de enfermedad. Refiere que solicitó a PORVENIR el reconocimiento pensional petición que le fue negada por la entidad. Asevera que AYDÉ MARÍN PÁEZ estaba separada de hecho del causante desde el 4 de marzo de 2009, por lo que no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes (folios 265 a 271 y 311 a 312 expediente físico y 356 a 362 y 416 a 418 archivo 01 expediente digital, primera instancia).

¹ Por auto del 30 de mayo de 2019 el Juzgado de primera instancia tuvo por no contestada la demanda por parte de ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES.

Admitida la demanda de la interviniente ad excludendum² y corrido el traslado legal, PORVENIR y la demandante AYDÉ MARÍN PÁEZ la contestaron.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones por existir controversia con otra persona que alega en su favor el mismo derecho. Insiste en que suspendió el pago del 50% de la prestación conforme lo indica la ley, hasta tanto se dirima la controversia suscitada entre las compañeras permanentes. Formuló las mismas excepciones que contra la demanda principal (folios 317 a 323 del expediente físico y 423 a 429 del cuaderno digital, archivo 01, primera instancia).

AYDÉ MARÍN PÁEZ, por intermedio de su apoderado judicial, también se opuso a las pretensiones de la interviniente ad excludendum. Afirma que ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES no cumple los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO (Q.E.P.D.), pues fue ella quien convivió con el causante desde 1992 hasta su fallecimiento, por lo tanto, es quien tiene derecho junto con su hija KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN a percibir la prestación en un 100%. Presentó como excepciones de fondo: inexistencia de la unión marital de hecho, inexistencia de la convivencia durante 5 años, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (folios 324 a 345 del expediente físico, 430 a 451 del cuaderno digital, archivo 01, primera instancia).

Mediante auto del 29 de septiembre de 2021, el juzgado de primer grado aclara que KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN es llamada en calidad de *litisconsorte necesaria* pues le fue reconocida la prestación pensional aquí reclamada, razón por la cual le corrió traslado de la demanda con el fin de que diera contestación (folio 424 expediente físico y 550 a 551, archivo 01 del expediente digital, primera instancia).

² Por auto del 12 de julio de 0019, folio 316 expediente físico y 422 archivo 01 expediente digital, trámite de primera instancia.

Una vez notificada, dio contestación a la demanda presentada por la interviniente *ad excludendum* a través de apoderado judicial, se puso a las pretensiones. Asegura que ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES no cumple los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama ya que no convivió 5 años con el causante, y que fue su progenitora AYDÉ MARÍN PÁEZ quien convivió con su padre desde el año 1992 hasta su fallecimiento acaecido en el año 2013. Como excepciones de fondo propuso las de *inexistencia de la unión marital de hecho, inexistencia de la convivencia durante 5 años, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe* y genérica (folios 439 a 448 del expediente físico y 572 a 591 del archivo 01, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de febrero de 2023, a través de la cual la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a PORVENIR a reconocer a favor de KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN la pensión de sobrevivientes en un monto del 50% hasta el 7 de octubre de 2013, y desde el 8 de octubre de ese año en un 100%, sobre el salario mínimo legal mensual vigente, por trece mesadas al año, y a pagar el retroactivo pensional causado del 6 de abril de 2015 al 1 de enero de 2021. ABSOLVIÓ al fondo de pensiones de las pretensiones realizadas por la otra demandante y la interviniente *ad excludendum*. Para tomar su decisión, concluyó, con apoyo en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de la compañera permanente o cónyuge y tratándose de la muerte de un *afiliado*, no se exige la prueba de 5 años de cohabitación con el cotizante anteriores al deceso, sin embargo el análisis se circunscribió a la verificación de la calidad requerida: la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, presupuesto que no encontró acreditado ni por la demandante ni por la interviniente *ad excludendum*. Al respecto, manifestó que era claro, porque así lo confesó Aydé Marín, que se había separado del causante incluso cuatro años antes del deceso; y ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES no probó el ánimo de convivencia con el causante, posiblemente una relación sentimental, pero no el carácter de compañeros permanentes y la integración de una familia para el

momento del deceso del afiliado. Con relación a KAREN DAYANA MARIÑO consideró que PORVENIR debió acrecentar al 50% la pensión de sobrevivientes a partir del 8 de octubre de 2013, fecha en que su hermano cumplió 18 años de edad y manifestó no seguir estudiando, ello en razón a que el otro 50% se encontraba en discusión. Sin embargo, dada la absolución de las pretensiones formuladas por quienes alegaban la condición de compañeras permanentes, KAREN DAYANA debía recibir el 50% de la mesada hasta que su hermano CARLOS FELIPE cumplió la mayoría de edad (7 de octubre de 2013) y a partir del día siguiente, la prestación debía ser acrecentada en un 100% y pagada hasta la fecha en que cumplió 18 años de edad, toda vez que no acreditó la condición de estudiante o alguna condición física que la imposibilitara para trabajar. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción porque se superó el término trienal desde la fecha de la reclamación hasta la fecha de prestación de la demanda. Negó los intereses moratorios porque la negativa a pagar el 100% de la prestación se basó en la controversia que se suscitó entre beneficiarias.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada PORVENIR S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra tanto por la demandante como la por la demandante ad excludendum, por lo antes expuesto. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por PORVENIR conforme se indicó en la parte considerativa de la decisión. TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a reconocer y pagar a la señora KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN la pensión de sobrevivientes en un monto del 50% hasta el 7 de octubre del 2013 y desde el 8 de octubre de 2013 en un 100% sobre el salario mínimo legal mensual vigente, sobre 13 mesadas pensionales al año, y pagar el retroactivo pensional causado desde el 6 de abril del 2015 al primero de enero de 2021, por las siguientes sumas de dinero que deberán ser indexadas al momento de su pago: 2015 por 9.8 mesadas \$6.314.630; 2016 13 mesadas, \$8.962.915; 2017 trece mesadas \$9.590.321; 2018 trece meses a \$10.156.146 pesos; de 2019 trece mesadas \$10.739.508 pesos; 2020 trece mesadas \$11.411.339 pesos y 2021 0.03 mesadas \$27.255,78 para un total*

de \$57.202.214,78 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: AUTORIZAR a PORVENIR S.A., a descontar de dicho retroactivo los montos ya pagados a la señora Karen y los aportes al sistema de Seguridad Social en salud. QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por PORVENIR respecto de las pretensiones de la señora KAREN MARÍN MARIÑO sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 6 de abril del 2015 por las razones antes expuestas. SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia, y SÉPTIMO: En caso de no apelarse esta decisión por la demandante o por la demandante ad excludendum por secretaría remítase el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de estas en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social” (Audiencia virtual parte 4, archivo 018 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:03:38).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de KAREN DAYANA MARIÑO, su apoderada pide que se declare no probada la excepción de prescripción, debido a que para la fecha en que se presentó la demanda era menor de edad, por lo que solo puede iniciar a contabilizarse cuando cumplió los 18 años, lo que ocurrió en el año 2021. También solicita que se ordene el pago de los intereses moratorios hasta enero de 2021³ (Audiencia virtual parte 4, archivo 018 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:07:25).

³ "Sí, su Señoría me permito interponer recurso de apelación argumentando lo siguiente: frente al fenómeno de la prescripción señores magistrados, me permito interponer dicho recurso, toda vez que para la señora KAREN DAYANA MARIÑO no hay prescripción por ser menor de edad a la presentación de la demanda debido a que dicha prescripción empezaría a contar desde que la misma cumplió los 18 años de edad, es decir enero del 2021 por lo tanto, solicito a los señores magistrados se sirvan revocar la sentencia frente a la prescripción, así como lo mencionó el a quo de las mencionadas de las mesadas pensionales y ordene el pago desde el fallecimiento del causante. Ahora bien, respecto a los intereses moratorios que menciona la quo, señores magistrados, solicito se revoque dicha decisión. Como quiera que dichos intereses moratorios se deben pagar desde el reconocimiento de la pensión del causante hasta enero del 2021. Así las cosas, señores magistrados, solicito se sirvan revocar la sentencia frente a estos dos puntos la prescripción y los intereses moratorios que la Cuba acaba de mencionar. Gracias”.

En el recurso de AYDE MARIN PÁEZ asegura que convivió con el causante más de 5 años, y que a pesar de que dicha convivencia no perduró hasta el momento del fallecimiento, el vínculo no se rompió y siempre se mantuvo la ayuda mutua y la *colaboración de cónyuges*, lo que se logró probar con el testimonio *del vecino*. Pide que se revoque la sentencia y se disponga a su favor el reconocimiento pensional⁴ (Audiencia virtual parte 4, archivo 018 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:09:41).

En el recurso de PORVENIR S.A., pide que se le autorice a descontar no solo los aportes a salud, sino también los pagos que se le hubieren efectuado a cualquier beneficiario de la pensión desde el año 2013 en adelante, además que no se imponga la indexación de las sumas a pagar por cuanto actuó conforme a la Ley al mantener en reserva el dinero que podía ser entregado al algún beneficiario en el futuro⁵ (Audiencia virtual parte 4, archivo 018 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:12:13).

⁴ *“Me permito presentar recurso de apelación frente al fallo proferido por este despacho, en el sentido de que mi representada, la señora Aidé Marín Páez, tiene derecho a la pensión de sobreviviente al observar que efectivamente cumple los requisitos frente a la convivencia por más de 5 años que sirven, es cierto, como lo dije en mis alegatos anteriores, no convivió hasta el momento del fallecimiento esto no quiere decir que dejó de compartir, como bien lo ha dicho la Corte Constitucional, esa ayuda mutua con su compañero permanente hasta el momento del fallecimiento, con el señor José Graciliano y que, como consecuencia de ello, pues ese vínculo que tuvieron desde el año 1992 no se rompió en ese orden de ideas, al analizar las cuales la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al objetivo propio de la pensión de sobreviviente es establecer que esa esa pareja tiene una convivencia en pro de una unión y con el fallecimiento puedan sus, en este caso la señora de Marín pueda sobrellevar esa carga del fallecimiento del señor José Graciliano en ese sentido, se logró probar que efectivamente se mantuvo ese esa colaboración de cónyuges, específicamente con el testimonio del vecino que determinó que aún los veía compartiendo que el señor e iba a la casa de la señora y de que ningún momento lo observó, que efectivamente se hubieran separado o algo diferente, así las cosas le solicitó pues, a los honorables magistrados se sirvan revocar la sentencia referente al tema de reconocer la pensión de sobreviviente a mi representada, la señora Aidé Marín Páez, y pues ordenar el pago de las mesadas pensionales muchas gracias, señora juez”*

⁵ *“Sí, su Señoría, gracias doctora, interpongo recurso de apelación en contra de la decisión por cuanto, No obstante, considero que el reconocimiento pensional que se le otorga a la hija del causante es perfecto, el raciocinio, y, en el material probatorio, no. Así en los tiempos y en los descuentos que se deben hacer y autorizar a PORVENIR, y ello tiene que ver con lo siguiente, su Señoría el artículo 48 de la Constitución nacional dispone que los derechos pensionales son irrenunciables y a su vez, el artículo 13 de la ley cuatro de la Ley 797 del 2003 dispone que los hijos son beneficiarios de la pensión de sus padres hasta los 18 años en principio, como lo dispone el despacho en la sentencia, pero hasta los 25 años si demuestran estudios luego, en ese raciocinio. El despacho ha debido tener en cuenta que mi mandante, cuando hace el reconocimiento pensional al que hace referencia al despacho en donde dice que se hace un reconocimiento pensional a favor de Karen porque es la única menor de edad al momento en que acreditan todos los requisitos. Es el reconocimiento*

En el recurso de la INTERVINIENTE AD EXCLUDENDUM, ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES, considera que la valoración probatoria fue superficial, debido a que los testigos no *podieron conectarse*. Afirma que debido a que las declaraciones extra juicio fueron presentadas hace más de 10 años, era *lógico* que no iban a precisar con certeza el día, la fecha, la hora o los sitios conforme a las preguntas que fueron formuladas en la audiencia; sin embargo, asegura que con las pruebas que fueron aportadas quedó probada la convivencia de la pareja, porque no se analizó que fue ella quien acompañó día y noche al

pensional en el 2014 y le hace ese reconocimiento por él 25% de ese Derecho pensional, dejando en suspenso en reserva, en reserva de los otros dos hijos. Tenga en cuenta que para que nos honorables magistrados tengan a bien resolver la apelación que, en nombre de mi representada, lo hago (...) Ah qué pena, ahora se me fue la onda, entonces estaba en el tema de que la pensión se reconocía a los hijos hasta la mayoría de edad 25 años y por ello en el reconocimiento pensional que se le hace y se deja en reserva, el tema de los dos hijos que al 2013 1 era menor de edad, que era Carlos pero la otra hija no había cumplido los 25 años por ello, la reserva que hace PORVENIR y esa reserva es de tipo legal porque hasta los 25 años Kelly podía pretender ese beneficio y hasta los 25 años, Carlos igualmente y como ese derecho es irrenunciable. Por eso en los folios que menciona su Señoría de folios 230 en adelante PORVENIR les dice, acrediten, si va, si son estudiantes o no, y cuando ellos dicen no, yo no he estudiado que endoselo a mi hermana Karen, pues ese derecho no es renunciado y por eso así se lo manifiestan a Carlos y iba también para Kelly, es decir ese derecho para ellos solo podía ser accesible, no a los 18 años como el despacho lo dispone, sino al cumplimiento de los 25 años en su orden, 2018 Kelly y 2020 Carlos, no en la época aquí que el despacho lo pone a los 18 años porque ellos podían ser beneficiarios y de allí la reserva, y de otro lado, su Señoría se desconoce lo siguiente, cuando se hace el reconocimiento pensional a folio 248 del expediente aparece que ya para esa época en que se hace esa certificación PORVENIR, está reconociendo el derecho en el 25% a Karen y en el 25% a Carlos y aparecen los pagos realizados a Karen, que el despacho juiciosamente autoriza a que sean descontados de ese cálculo que se hacen junto con los aportes de salud que se deben descontar sobre el monto que liquida la pensión, pero desconoce el despacho que en esa misma certificación si se da cuenta, hay un reconocimiento de pagos a Carlos, es que Carlos era menor de edad en el momento en que falleció su padre, luego allí hubo un pago realizado a Carlos y pagos posteriores que pudieron haberse hecho a él y el despacho no autoriza el descuento de sus pagos, sino solo los que se le hicieron a Karen. Luego se vería afectado el reconocimiento pensional, si no se autoriza el reconocimiento el descuento de los pagos que también se pudieron haber hecho a Carlos en ese reconocimiento pensional en ese sentido, el despacho deberá encontrar que al desconocerse estos pagos, pues obviamente se afecta el reconocimiento pensional, y si se reconocería ese ese descuento realizado por PORVENIR sin afectación de la reserva, pues no hay su Señoría porque afectar al fondo de pensiones, cuando actuó de buena fe en el reconocimiento de una indexación sobre esos pagos, porque ha obrado de conformidad con la ley, manteniendo en reserva un dinero que debe entregar a su beneficiario en el futuro, como bien lo dispone el despacho, que es a favor de Karen, tema que no discuto en el proceso porque desde los alegatos así lo planteé, era el reconocimiento que debería haberse hecho y así se hace en ese sentido, yo solicité al Tribunal que se autorice en las revocación parcial de esta sentencia a PORVENIR a descontar de los montos de los montos a reconocer a Karen no solo los aportes de salud que de allí se deben descontar, sino además los pagos que se le hubieren efectuado a cualquier beneficiario de esa pensión desde el año 2013 en adelante y que no sean pagados de forma indexada. En ese sentido, dejé sentados mis fundamentos para el recurso de apelación que se interpone”.

causante en su enfermedad, aunque en la historia clínica se dejara consignado que llegó solo, y que le brindó el socorro y la ayuda mutua. Sostiene que tampoco se valoró el documento que da cuenta que fue ella quien retiró los enseres del fallecido, ni las fotografías que contenían fechas y eventos. Indica que sus *testigos están listos y pueden presentarse ante el Tribunal* para que clarifiquen la verdad de los hechos⁶ (Audiencia virtual parte 4, archivo 018 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:21:12).

⁶ “Su Señoría, voy a voy a voy a interponer recurso de apelación y me reservo el derecho de tener lo sustentaré por escrito, también ante el honorable tribunal en este momento, pues lo enfoco desde el punto de vista que se debe tener en cuenta, las dificultades de conectividad en primera instancia, si me escuchan aló, me escuchan, doctora sí, adelante por favor. Eso por un lado sí se la llega, sí se la llega a cortar o algo. Yo le aviso, listo, su Señoría, qué pena teniendo en cuenta todas las dificultades, precisamente, pues los testigos que estaban pendientes no pudieron conectarse, por lo tanto, pues la valoración probatoria quedó un poquitico muy muy, muy superficial no se hizo analizada a fondo subjetivamente objetivamente, perdón. Y, además, las declaraciones de las que se tienen en cuenta para poder calificar la convivencia de mi representada. Esas declaraciones fueron presentadas en el año 2013, por lo tanto, 10 años a hoy los testigos, lógico que no van a precisar con certeza, día, fecha, hora o sitios o lo que sea, de acuerdo a las a las preguntas que se les hicieron en la audiencia a las a las que han declarado, eso es 1 de los puntos, por lo tanto teniendo en cuenta la las fundamentos del debido proceso, acceso a la administración de Justicia, teniendo en cuenta también los principios fundamentales de la la condición más beneficiosa para mi representada quedó probado aún con las pruebas que se allegaron con la con la demanda, la documental las que se llegaron en la oportunidad en que se dieron quedó plenamente probada la convivencia que tuvo mi representada es así que no se analizó que ella fue una de las que lo acompañó día y noche desafortunadamente, pues las declaraciones en cuanto a relacionadas en la historia clínica, el médico, yo trabajé en salud, los médicos nunca dicen, llegó Fulanita, llegó sutanito (sic) sino que simplemente, dicen, llegó solo porque lo único, si él entra a un consultorio alguna cosa, pues el médico lo atiende solo, sí, pero no quiere decir de que es mi compañera no estuvo pendiente de él, ella estuvo pendiente en todo momento, tan es así que el teléfono que colocó es el teléfono que ya tiene actualmente y en ese teléfono era que haya la llamada en cualquier cosa que necesitara él un paciente en el momento en que lo requería, eso es uno de los acompañamientos importantes y es una de las pruebas que se tienen que tener en cuenta frente a la convivencia, porque es el socorro en la ayuda, el apoyo, el amor, el afecto que tiene mi representada para con el paciente en ese momento que está en estado de vulnerabilidad, como ha sido un paciente enfermo que terminó en deceso, fallecido entonces esa es una de las pruebas importantes. Otra prueba que no se valoró dentro del del aspecto probatorio arrimamos es una había escrito que, si eso a manuscrito de que una señora donde ellos pagan el arriendo que mi representada fue la que fue a retirar los, los los enseres cuando falleció el señor, entonces esa es una prueba también de convivencia, porque ella retiró esos. Ahora las fotografías tenían unas fechas, unos eventos, y estaban bien y se podrían haber si se dudaba de la de la de su veracidad. Se hubiera pedido de pronto una experticia en el caso, pero de todas formas de demuestran unas una relación entre compañeros permanentes o llámese novios o llámese amigos o como sea, pero de todas formas demostraron el afecto. Hay una fotografía muy, muy dicente, que es de la cama una compañera permanente que no diera con un con otra persona. ¿Cómo le va a sacar una fotografía en la cama? ¿Entonces? Eso es otro detalle. Entonces, por lo tanto, la valoración probatoria se debe estudiar una muy bien y ojalá los honorables magistrados se deben, deben tener en cuenta eso, ahora, en cuanto a la dificultad de los de los testigos que no se presentaron el día de hoy por las dificultades de conectividad, como quedó reseñado dentro de la audiencia, esa es una eximente para que se tenga en cuenta y que mis testigos están listos y pueden presentarse ante el Tribunal ante el superior para que ellos clarifiquen, ojalá

SOLICITUD DE PRÁCTICA DE PRUEBAS

Mediante escrito radicado el 22 de marzo de 2023, la señora ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES, a través de su apoderada judicial, solicitó se practiquen las pruebas testimoniales que no fueron practicadas por *dificultades del internet*. Adicionalmente, frente a las documentales que aportó con la demanda, más que su práctica solicitó su *valoración objetiva* (archivos 06 y 07 del expediente digital, segunda instancia).

AUTO

Conforme al artículo 83 del CPTSS *“cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta”*⁷.

Atendiendo ello, el Tribunal niega la solicitud de práctica de pruebas elevada por la interviniente ad excludendum pues si bien los testimonios cuya práctica

sea una audiencia presencial porque así se les puede ver de si están mintiendo o no, están mintiendo o si están diciendo la verdad real de los hechos. En todo caso, hay ya se probó por su Señoría que no se necesitaban los 5 años de convivencia entre mi representada y el causante. Simplemente era un tiempo menor que así lo dicen las jurisprudencias y las altas cortes. Por lo tanto, quedó probado tal y como lo hace. Acertaron tanto PORVENIR que mi representada, declaró, tienen un documento que radicó por primera vez ante porvenir la fecha de convivencia, si se le tuvo en cuenta las demás personas, esa fecha es importantísima porque data del 2013 a la fecha. ¿Cuántos años han pasado? Es una prueba suficiente para haberla valorado y haber determinado que hay unos aspectos de convivencia entonces, bajo estos puntos, me reservo el derecho de poder ampliar mis apelaciones ante el superior conforme a las normas que así lo determinan. Su Señoría, en esta forma de obtendrá mi posición”

⁷ CPTSS: *“Artículo 83. Casos en que el tribunal puede ordenar y practicar pruebas: Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.*

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta”.

se pretende en esta instancia fueron decretados por el juzgado, lo cierto es que dejaron de practicarse en esa oportunidad con culpa de la parte interesada.

Al respecto, se tiene que la juez en la audiencia del 18 de noviembre de 2022, anunció que los testimonios de MARTHA ISABEL DELGADO HUESO, GIOVANNY MÉNDEZ FLORIDO, JOSÉ NORBEY DELGADO SANABRIA, JAIME ORTIZ, ALEXANDRA CASTRO GARZÓN y JORGE ELIÉCER DELGADO, que fueron decretados a favor ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES, serían recepcionados en la audiencia del 24 de febrero de 2023. Instalada la audiencia en esa fecha, el juzgado advirtió que ninguno de estos testigos se vinculó a la diligencia, la cual era adelantada de manera virtual, por lo que otorgó un plazo de 20 minutos a la interviniente para que estableciera contacto con ellos. Transcurrido dicho término ninguno compareció y tampoco se pusieron de presente los motivos de su inasistencia, razón por la cual la juez declaró precluida la oportunidad para la práctica de estas pruebas, decisión contra la cual no se presentó ningún recurso u objeción por parte de la apoderada de la interviniente, a pesar de ser la interesada en la práctica de la prueba. De considerar que existían razones válidas que justificaran la inasistencia de los testigos decretados a su favor -como los problemas de conectividad a los que ahora refiere- se debieron exponer como recurso en contra de la decisión que declaró precluida la oportunidad para su práctica y clausuró el debate probatorio, lo que no ocurrió, porque nada se manifestó sobre eventuales dificultades tecnológicas que pudieran presentar los testigos para conectarse a la vista pública.

Vale la pena anotar que quien presentó inconvenientes con la conectividad fue precisamente la apoderada de ROSALVINA ESCAMILLA, los que en manera alguna le impidieron su participación en la diligencia, porque el Juzgado se encargó de garantizar su vinculación a través de otros medios.

En todo caso, considera la Sala que los elementos de convicción decretados y practicados en su debida oportunidad, resultan suficientes para desatar la controversia propuesta.

Pasa la Sala ahora la Sala a estudiar la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia (i) que JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO falleció el 27 de abril de 2013 (folio 31 expediente físico y 35 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia); (ii) que para la fecha de su deceso se encontraba afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y dejó causada la pensión de sobrevivientes, la cual fue reconocida a su hija KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN; (iii) que PORVENIR dejó en suspenso el 50% de la prestación hasta tanto se desatara el conflicto de quienes alegan la calidad de beneficiarias como compañeras permanentes del causante;

En consonancia con los recursos de apelación el Tribunal debe definir (i) si AYDÉ MARÍN PÁEZ y ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES acreditaron o no las condiciones para ser *beneficiarias* de la pensión de sobrevivientes que reclaman; (ii) si operó la prescripción de las mesadas de KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN; (iii) qué sumas debe descontar PORVENIR de la prestación reconocida a favor de KAREN DAYANA MARIÑO y (iv) si procede el pago de los intereses moratorios la indexación

(i) Para resolver lo primero el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente para la fecha del óbito- establece los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes así: cuando muere un afiliado (no pensionado) que había cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, son beneficiarios de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el cónyuge o el compañero(a) permanente supérstite sin exigencia de

tiempos de convivencia, y en forma temporal estas mismas personas si tenían menos de 30 años para la fecha de la muerte y no habían procreado hijos con el causante. Así lo entendió la Corte Constitucional desde la sentencia C-1094 de 2003, y lo declaró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1730 de 2020 (reiterada en las sentencias SL 3626-2020, SL 2820-2021, SL 1905-2021, SL 5270-2021, entre otras) para recoger criterios que había expresado con anterioridad frente a tiempos de convivencia. Con ello se fijó el alcance que asigna la jurisdicción al contenido de la norma.

Con este referente normativo y de interpretación, para acceder a la prestación que reclaman la demandante y la interviniente ad excludendum, debieron acreditar que eran compañeras permanentes del causante en el momento de la muerte, esto es, que convivían con él e integraban un núcleo familiar estable.

La carga de demostrar esta situación se las asigna el artículo 167 del C.G.P., y la prueba para el efecto debe ser clara y suficiente, pues la pensión de sobreviviente protege al núcleo familiar que tenía el fallecido al momento de la muerte y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO y SL 1399 de 2018, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Se debe precisar sobre el aspecto en discusión que, aunque la convivencia implica en la generalidad de los casos la *cohabitación* de la pareja, bien puede ocurrir que pese a existir una comunidad de vida en familia, las posibilidades de cohabitación de la pareja se vean truncadas por razones que el juez debe evaluar en cada paso, para verificar si excepcionalmente, y a pesar de la distancia física, los lazos afectivos, de apoyo, solidaridad y acompañamiento espiritual subsisten. Sobre esta materia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dijo: *“pueden existir eventos en los que cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo que 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” (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 1399 de 2018, M.P. CLARA CECILIA DUELAS QUEVEDO).

Con estas premisas normativas y jurisprudenciales y una vez revisado en conjunto la totalidad del acervo probatorio arrimado al trámite y practicado en audiencias, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó la prestación tanto a AYDÉ MARÍN PÁEZ como a ROSALVINA ESCAMILLA, pues ninguna de las pruebas acredita que, para la fecha de la muerte, hubiera convivencia con el causante y formaran con él un núcleo familiar y estable.

- En lo que corresponde a AYDÉ MARÍN PÁEZ, se probó que convivió con JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO por un espacio superior a 15 años y tal convivencia e integración familiar había cesado para el momento en que éste falleció -27 de abril de 2013- pues se habían separado más de 4 años antes del deceso.

Al respecto, y a pesar de que en la demanda se indicó convivencia con el causante hasta el deceso, al absolver el interrogatorio de parte⁸ la demandante confesó que dicha convivencia tuvo lugar “desde 1992 y como hasta el 2011”, que la relación se acabó porque “él tenía sus cosas, tenía sus mujeres” y que seguían *siendo amigos*.

Adicionalmente, al diligenciar el formulario “*trámite de Reclamación por Sobrevivencia*” en el que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de sus hijos (folios 208 a 213 del expediente físico y 291 a 296 del archivo 01 del digital), indicó que el afiliado JOSÉ GRACILIANO MARIÑO se encontraba *separado de hecho* desde el 2 de marzo de 2009. En ese mismo documento, declaró *bajo la gravedad del juramento*, en la información correspondiente al *cónyuge o compañero permanente* del afiliado, que la unión marital de hecho que tenía con el causante fue del 1 de enero de 1993 al 2 de marzo de 2009.

⁸ Audiencia del 17 de noviembre de 2022, parte 4, récord 05:01, archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia.

Lo anterior resulta consistente con las conclusiones consignadas en el *informe de investigación para pago de prestaciones económicas* rendido por la sociedad LEÓN Y ASOCIADOS a PORVENIR S.A. en el que, en lo relativo al núcleo familiar, se anotó que “*el Sr. José Graciliano Mariño Florido, estuvo conviviendo en unión libre con la Sra. Aydé Marín Páez durante 16 años, se habían separado 04 años antes de su fallecimiento, tuvieron tres hijos (...)*” (folios 225 a 228 del expediente físico y 308 a 310 del digital, primera instancia).

La anterior conclusión no se desvirtúa con las declaraciones rendidas por DORA SOTELO FLORIDO⁹, OSCAR EFRÉN HOYOS¹⁰ y SIERVO ALFONSO GONZÁLEZ HERNÁNDEZ¹¹, porque no dan certeza de que para el año 2013, cuando falleció JOSÉ GRACILIANO, existiera con AYDÉ MARÍN PÁEZ una convivencia o la integración de un núcleo familiar.

La primera, quien es hermana del causante, dijo que Aydé y José Graciliano convivieron por espacio de 16 años, desde 1992, pero al indagársele hasta cuando perduró dicha convivencia fue evasiva y no quiso explicar o decir cuándo ocurrió la separación; de hecho, manifestó que *no sabía que se habían separado* y que, para el momento del deceso de su hermano, hacía más de 3 años que no los visitaba. También dijo, de forma contradictoria, que José Graciliano vivía solo en arriendo en una habitación en Altamira, lo que le consta porque era cerca de donde vivía otro de sus hermanos.

OSCAR EFRÉN HOYOS, fue categórico en afirmar que no le constaba si la pareja conformada por AYDÉ y JOSÉ GRACILIANO, quienes eran sus compadres, se habían separado, pues a pesar de que frecuentaba con el

⁹ Audiencia del 17 de noviembre de 2022, parte 5, récord 02:50 archivo 12 del expediente digital.

¹⁰ Audiencia del 17 de noviembre de 2022, parte 5, récord 27:31 archivo 12 del expediente digital.

¹¹ Audiencia del 17 de noviembre de 2022, parte 5, récord 49:21 archivo 12 del expediente digital.

causante hacía mucho tiempo que no los visitaba; y SIERVO ALFONSO GONZÁLEZ HERNÁNDEZ tampoco tenía certeza si la pareja aún convivía para el año 2013 en que el señor MARIÑO FLORIDO falleció.

Todos estos testigos fueron consistentes en que el causante siempre estaba al pendiente de sus hijos y los visitaba frecuentemente, situación que no lleva necesariamente a estimar que existía una comunidad de vida con la progenitora. Aunque la demandante manifestó que él frecuentaba su vivienda para visitar a los hijos que tenían en común y que ocasionalmente este se quedaba en su casa, de ello no se concluye que conformaran un núcleo familiar estable, caracterizado -en palabras de la Sala Laboral de la Corte- por *lazos de afecto, sentimiento, apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua*. Ni siquiera se alegaron circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares como causantes de la desaparición de la vida en pareja que justificaran la separación, por el contrario, la misma demandante aseguró que eran amigos.

- Con relación a ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES y tal como lo sostuvo la juez de primera instancia, se acreditó que sostuvo una relación sentimental con JOSÉ GRACILIANO MARIÑO FLORIDO, pero no se demostró una comunidad de vida entre ellos.

No son útiles para el efecto, como lo refiere el recurso y los alegatos presentados en esta instancia, la historia clínica del causante (folios 278 a 298 y del expediente físico 373 a 397 del digital), o la fotografías que aportó a las diligencias (folios 276 a 277 ibídem), ni la carta a mano suscrita por María Betsabé (folio 304), porque (i) en la primera, no hay forma de establecer que el abonado telefónico que se registra era suyo, ni se hace referencia alguna a la relación que ésta tuviera con el *de cuius*, incluso figura que el estado civil del afiliado era “*soltero*”; (ii) las segundas, a pesar de que contienen inscripciones manuscritas, se desconoce quién las elaboró, la fecha en que fueron capturadas, el contexto en el que fueron tomadas y, en todo caso, no prueban el hecho de que integraban un núcleo familiar estable, y (iii) en la tercera se indica

únicamente que “*ROSA ESCAMILLA CÁCERES recogió el trasteo del señor José Mariño (Q.E.P.D.) quien vivía en la casa del señor Omar Pachón, cll 46s #13 A 39 E, durante un año*”, circunstancia de la que no se deduce que fuera su compañera o que residía con él en ese mismo inmueble.

Tampoco son útiles las declaraciones extra juicio de YAQUELINE ARDILA PINZÓN, WENDY VANEGAS DEVIA y LUZ MERY CIFUENTES (folios 301 y 302 expediente físico), de quienes se pidió la ratificación en juicio. La primera no compareció a la ratificación y en todo caso, no expresa las circunstancias por la que le consta la convivencia que allí declara; y las dos últimas, aunque ante la notaría aseguraron que ROSALVINA y JOSÉ GRACILIANO convivieron entre octubre de 2009 y abril de 2013, lo cierto es que ante el estrado no pudieron dar cuenta certera de ello.

LUZ MERY CIFUENTES¹², quien dijo ser hermana del causante, no fue clara en su intervención. Así, por ejemplo, indicó que JOSÉ GRACILIANO y ROSALVINA vivían en una habitación, con los hijos menores de ella desde el 2008 aproximadamente y hasta el fallecimiento de su hermano; luego refirió que en la habitación había solo una cama, lo que dijo constarle porque ella los visitaba, pero al cuestionársele por los hijos pequeños de ROSALVINA quienes tenían entre 2 y 5 años, mencionó que *cuando ella –ROSALVINA- se quedaba –con JOSÉ- los dejaba con la mamá*.

WENDY VANEGAS DEVIA¹³ dijo que conoció a ROSALVINA ESCAMILLA, más o menos en el año 2013 porque fueron compañeras de trabajo, y que lo único que le consta es que JOSÉ GRACILIANO recogía a ROSALVINA a la salida de su trabajo, pero nunca los visitó ni compartió con ambos; incluso refirió que era muy poco el trato que tenían y que sabía que eran pareja y *sobre la convivencia* porque ROSALVINA le contó. Por ello, no era posible que le constara la convivencia desde el 2009 como lo sostuvo en la declaración extra juicio.

¹² Audiencia del 17 noviembre de 2022, parte 6, récord 3:30.

¹³ Audiencia del 24 de febrero de 2023, parte 1, récord 12:38

Adicionalmente, ninguno de los restantes testigos mencionó conocer de la convivencia de ROSALVINA con JOSÉ GRACILIANO. Por el contrario, DORA SOTELO FLORIDO¹⁴, hermana del causante dijo que para la fecha de la muerte su hermano vivía solo.

En ese orden, como se dijo, con ninguno de los medios de prueba se demostró la comunidad de vida de la pareja caracterizada por los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua.

ii) PRESCRIPCIÓN: Los artículos 488 del CST y 151 de CPTSS disponen un término de tres años para la prescripción de la acción judicial que busca el reconocimiento judicial de un derecho laboral. Dicho término corre *“desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”* y *“el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez”*, por lo cual corre nuevamente por un lapso igual (3 años).

Esta figura (prescripción) extingue la acción judicial que tiene el titular de un derecho para solicitar su reconocimiento judicial, por el paso del tiempo, por ello, solo puede empezar a correr cuando el titular del derecho lo puede reclamar. Tratándose de derechos de menores de edad, en consecuencia, el término legal de prescripción empieza a correr cuando alcanzan la mayoría de edad, pues sólo desde ese momento pueden ejercer, por sí mismos, la acción para reclamar judicialmente su reconocimiento.

Con fundamento en lo anterior, la Sala modificará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las diferencias de las mesadas causadas a favor de KAREN DAYANA MARIÑO, pues en el caso presente, la hija del causante arribó a la mayoría de

¹⁴ Audiencia del 17 de noviembre de 2022, parte 5, récord 02:50 archivo 12 del expediente digital.

edad el 1 de enero de 2021, fecha para la cual ya se encontraba en curso la presente demanda –se radicó el 6 de abril de 2018 (folio 97)-; por ello no prescribió la acción para el pago de las diferencias causadas a su favor por el acrecimiento de la mesada ante la ausencia de otros beneficiarios con mejor derecho.

Por ello, procede el pago de las diferencias causadas desde el 27 de abril de 2013, en los porcentajes dispuestos por la juez de primera instancia, porque sobre este aspecto no se presentó ninguna discusión por parte de PORVENIR.

iii) PORVENIR asegura que, además de lo ya pagado a KAREN DAYANA y los aportes a salud, se debe autorizar el descuento de *sumas pagadas a otros beneficiarios*.

Para despachar desfavorablemente dicha súplica se advierte que la sentencia apelada distinguió los momentos en que procede el acrecentamiento de la mesada pensional de KAREN DAYANA, así (i) al 50% desde la causación y hasta el 7 de octubre de 2013 porque en ese momento también era beneficiario su hermano CARLOS FELIPE; y (ii) al 100% a partir del 8 de octubre de 2013 y hasta cuando cumplió la mayoría de edad, en razón a que, luego de que CARLOS FELIPE cumplió 18 años no acreditó estudios y declaró no haberlos realizado, con lo que se extinguió el derecho a favor de este.

Adicionalmente, no se advierte dentro del expediente que el fondo de pensiones haya efectuado pagos a personas distintas a las ya indicadas o la existencia de otros beneficiarios con igual o mejor derecho que el de KAREN DAYANA porque, de hecho, el 50% en discusión por quienes invocaban la calidad de compañeras permanentes, se encontraba en suspenso.

iv) INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN. El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone el pago de intereses moratorios a cargo de las entidades del Sistema de Pensiones que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados. Tratándose de la primera mesada, el retardo se entiende ocurrido cuando

transcurre el plazo legal dispuesto en el ordenamiento jurídico para que la entidad agote los trámites administrativos *internos* pertinentes para la asignación del derecho, contado desde la fecha en que el afiliado o beneficiario presentó la solicitud con los documentos que sean pertinentes al efecto y que no se encuentren en poder de la entidad pagadora.

En pensiones de sobrevivencia, el interés corre cuando transcurre el plazo de dos meses que tienen las entidades del Sistema para agotar el trámite administrativo y de investigación pertinente a la asignación del derecho, contado desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes (artículo 1° ley 717/2003).

En palabras de la Corte Constitucional (sentencia C-601 de 2000) dicho interés procede para todas las pensiones reconocidas con posterioridad a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones, pues la Ley 100 de 1993 no creó "*privilegios entre quienes han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos*" ni distinguió entre pensionados. Además, en situaciones como la que se decide, la Sala Laboral de la Corte ha estimado la procedencia del interés moratorio (sentencia del 28 de marzo de 2006, radicación 26223 y sentencia SL-464 de 2021).

Bajo esta regla el Tribunal confirmará la decisión apelada que negó el reconocimiento de intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas, pues la titularidad del derecho se está definiendo -precisamente- en este expediente y por ello no puede existir mora de la entidad *en el pago* de las mesadas que correspondían a la beneficiaria.

También se confirmará la orden dictada en primera instancia al pago indexado de los valores adeudados, pues la indexación o corrección monetaria es el medio para actualizar la capacidad de pago que tiene una suma de dinero que pertenece al acreedor y se encuentra en poder del deudor, contrarrestando los efectos de la inflación o de una eventual deflación. Según la Sala Laboral de la Corte, dicho mecanismo opera de manera subsidiaria ante la improcedencia

de los intereses moratorios solicitados (ver entre otras las sentencias SL 5181, 4108 y 4071 de 2020).

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante, la interviniente ad excludendum y PORVENIR.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral **QUINTO** de la sentencia de primera instancia para en su lugar **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción.
2. **MODIFICAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia, para disponer que la demandada debe pagar el retroactivo pensional causado a favor de KAREN DAYANA MARIÑO MARÍN por el acrecentamiento de su mesada pensional, desde el 27 de abril de 2013.
3. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
4. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandante AYDE MARIN PAEZ, la interviniente ad excludendum ROSALVINA ESCAMILLA CÁCERES, y PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de UN MILLÓN DE PESOS MCTE (\$1.000.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE LILIA ADRIANA PARRA JIMENEZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última la sentencia dictada el 04 de julio de 2023 por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LILIA ADRIANA PARRA JIMENEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad e ineficacia* del traslado del ISS hoy COLPENSIONES a

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

la AFP PORVENIR el 01 de abril de 1994, y del posterior traslado horizontal efectuado a SKANDIA, por la indebida y casi nula información de la AFP. En consecuencia, se ordene a las administradoras del fondo privado trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales de la demandante y a COLPENSIONES a recibirla, sin solución de continuidad. (ver demanda folios 3 a 11 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS a través de la AFP Skandia por lo que no la puede tener como afiliada. En su defensa propuso las excepciones que denominó *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y genérica*. (ver contestación folios 69 a 75 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A., se opuso también a las pretensiones formuladas en la demanda. Afirma que la vinculación de la demandante en el año 1994 fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones, funcionamiento del RAIS y condiciones personales, como consta en la solicitud de vinculación N°116034 en el que se observa la declaración escrita del artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Sostiene que no existieron vicios del consentimiento, ni causa u objeto ilícito, en tanto la decisión fue libre y espontánea como se evidencia en el formulario de vinculación. Refiere que, en caso de existir una nulidad, sería relativa que puede ser saneada de manera expresa o tácita. Advierte que la demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de fondo que

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

denominó *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica* (ver contestación folios 80 a 101 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda. Indica que el 27 de agosto de 2009 suscribió formulario de afiliación con este fondo por traslado de la AFP PORVENIR, la cual se encuentra vigente a la fecha. Sostiene que la selección de régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado por lo que la demandante aceptó todas y cada una de las condiciones del RAIS conforme la Ley 100 de 1993. Asegura que la afiliación se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación y conforme a los postulados de buena fe, por lo que no puede trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuran en la cuenta de ahorro individual. Como excepciones de mérito propuso las de *Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.* (ver contestación folios 177 a 193 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a la MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (folios 239 a 242 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 8 de marzo de 2022 (folios 315 y 316 archivo 01 del expediente digital, ibídem).

Enterada de la demanda, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. la contestó a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones en cuanto afecten a esa entidad. Afirma que no se evidencia la

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

falta de información que se le endilga a la AFP SKANDIA S.A. Propuso como excepciones: *las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles y genérica.* Frente al llamamiento, afirma que este es improcedente, pues el objeto de la póliza fue amparar sumas adicionales para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes sin que en el clausulado se hubiere acordado la declaración de ineficacia de la afiliación al RAIS. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE es improcedente por cuanto SKANDIA s.a. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, MAPFRE no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones (ver contestación folios 2 a 21 archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 04 de julio de 2023, mediante la cual el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante LILIA ADRIANA PARRA JIMÉNEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 8 de junio del año de 1994, a través de la AFP PORVENIR, como consecuencia de lo anterior ordenar a la AFP SKANDIA donde actualmente se encuentra afiliada la demandante a trasladar los recursos que obren en su cuenta de ahorro individual correspondiente a los aportes, los rendimientos, los gastos de administración previstos en el artículo 13 y artículo 20 de la ley 100, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con destino todo ello a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, active la afiliación de la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual conforme se expuso en la parte motiva. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR donde en alguna época estuvo afiliada la señora demandante a trasladar los recursos o sumas correspondientes a los gastos de administración expuestos en el literal q artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993 por el periodo que administraron las cotizaciones de la demandante, comisiones, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensiones mínima que no haya trasladado a SKANDIA, estos recursos entonces los deberá trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES. TERCERO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A de todas las pretensiones invocadas en la presente acción y frente la misma declarar demostradas entonces las excepciones de cobro de no debido e inexistencia de la obligación. TERCERO: CONDENAR en costas a PORVENIR para que el efecto se fije como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la señora demandante y un salario mínimo vigente del año 2023 a favor de*

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS, sin costas respecto a SKANDIA y COLPENSIONES conforme se expuso en la parte motiva. TERCERO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas COLPENSIONES, SKANDIA y PORVENIR. Si la presente providencia no fuere impugnada se remiten las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta respecto a COLPENSIONES.” (Audiencia virtual, récord 1:25:20, archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de SKANDIA, pide que se revoque la condena a la devolución de los gastos de administración. Afirma que ellos se destinaron a la administración de los recursos y a generar rentabilidad y que en la sentencia se desconoció la teoría de las restituciones mutuas y el actuar de buena fe de la AFP, lo que además conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa por parte de COLPENSIONES¹ (Audiencia virtual, récord 1:28:05, archivo No. 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“Me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su despacho para que el honorable tribunal sala laboral de Bogotá revoque la condena impuesta donde mi representada sin tener que retornar los gastos de administración teniendo en cuenta que se estos se descontaron por mandato legal el artículo 20 de la ley 1993 y el artículo 13 de la misma norma con la creación de la ley 100 de 1993 se creó una obligación a los fondos privados que como se puede observar por lo antes mencionado esto quiere decir que los gastos de administración a las condiciones fueron descontadas en virtud de una gestión administrativa que se le realiza a la cuenta de la hoy demandante dicha administración de ahorro individual va encaminada a garantizar no solamente la rentabilidad mínima que se presenta en los fondos privados de pensiones por la superintendencia financiera de Colombia y la ley 100 de 1993 si no también para ofrecer una rentabilidad superior a la que se hubiere obtenido en el régimen de prima media con prestación definida siendo así las cosas y bajo ese escenario si bien es cierto la jurisprudencia de la ineficacia de la afiliación va encaminada a que la afiliación de la señora demandante sea el regreso automático al régimen de prima media las cosas vuelvan a su estado inicial pues también le corresponde al juez de instancia hacer un estudio ponderativo efectivo en cuanto a la teoría de restitución mutuas y la fe que tiene mi representada razón que si se observa en el presente fallo honorables magistrados no solamente se está ordenando retornar los aportes de la sino también los rendimientos que en ella se hayan generado entonces sería contrario la sentencia al ordenar que se deben retornar los gastos de administración teniendo en cuenta que debido a esa objeciones administrativas que realizo mi representada SKANDIA pensiones y cesantía le generaron esos rendimientos que en el presente fallo se están pretendiendo ordenar y que se desconoce la teoría de restituciones mutuas anudando a lo anterior desconociendo que mi representada ha venido actuando de buena fe el mandato legal hasta el día de hoy que fueron más de 20 años*

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque la sentencia. Afirma que para la fecha del traslado de régimen el mismo se perfeccionaba con la firma del formulario de afiliación, requisito que se cumplió en el caso de la demandante. En relación con la carga de la prueba precisa que se le están imponiendo cargas adicionales a la AFP. Señala que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado y su traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema. En caso de confirmar la sentencia, solicita la devolución de todas las sumas percibidas por la AFP sin deducción alguna y se condicione el cumplimiento de la sentencia al reintegro de las sumas respectivas² (Audiencia virtual, récord 1:31:40, archivo No. 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

desde la afiliación en el régimen de prima media, se declara la ineficacia de la afiliación de lo cual se desconoció su trabajo que por tantos años de reclutada para hacer precisa desde el 2009 le administro y genero unos dineros adicionales se está beneficiando a la demándate y a su vez COLPENSIONES lo que acarrearía consigo sería un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad del régimen ahorro de prima media con prestación definida y así ves la señora demandante toda vez que se desconocía el trabajo que realizo Skandia pensiones y cesantías, por todo lo anterior solicito respetuosamente a los honorables magistrados revocar la condena hacia mi representada y retornar los gastos de administración y el señor respetuosamente acceder al recurso de apelación.”

² *“Respetuosamente me permito interponer y sustentar recurso de apelación en los siguientes términos en primer lugar he de manifestar que el señor juez al momento de su decisión de declarar la ineficacia de traslado del régimen de la demandante considerando esa falta de información que tenía la AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación paso por alto que para esa fecha del traslado la realidad del momento según la normativa aplicable para la ley 100 artículo 13 literal b y e de decreto 692 decreto 663 del 93 era que las aceptaciones espontanea libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba atreves de la firma en el formulario lo cual en este asunto se da en el evento se da a plenitud según los documentos suscrito y registrado por la demandante así mismo cabe resaltar que para la fecha la suscrita de firmar el formulario no existía la ley 1748 del 2014 con el decreto 2071 del 2015 de los cuales nace la obligación de las AFP de la asesoría a sus afiliados así las cosas en el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar en el momento de la afiliación debe ser valorados bajo la naturaleza de la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del formulario o dela materialización del traslado ley 100 de 93 ahora bien en cuanto lo manifestado por el señor juez de primera instancia en que la carga pueda recaer única y exclusivamente en cabeza de la AFP en el plazo señalado por la corte en la sentencia referida este tipo de decisiones encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre y asentimiento del afiliado respecto al traslado por cuanto las leyes que surgieron entre 1998 y 2016 no exigían nada diferente en cuanto al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de las épocas se considera constituye de carácter imposible finalmente y dicho lo anterior pongo en su consideración que en este asunto la administrador colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada esto en cuanto la afectación del equilibrio y la*

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más

sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la constitución política adicionada por el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005 es donde reiteramos que la artículo 2 de la ley del 97 del 2003 en el cual se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir con la edad para tener derecho a la pensión de vejez esto tiene su razón de ser al respecto de entenderse que el principio el propósito que tuvo el legislador de establecer esta prohibición es proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen los requisitos estipulados por la normatividad pensional y así no generar un detrimento pensional así mismo debe tenerse en cuenta los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficiente para pagar las pensiones a su cargo esto se sustenta en la jurisprudencia con la honorable corte constitucional en sentencia 1024 del 2004 y que además es reiterada C 062 del 2010 desde esa perspectiva y dicho régimen se sostiene bajo las cotizaciones que efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados para que una vez cumpla con los requisitos para obtener una pensión mínima independientemente de sumas efectivamente cotizadas permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse y que estuvo realizando sus aportes durante por más de 20 años a otra entidad diferente como se ve en este asunto se beneficia y resulta beneficiada por las cotizaciones de los demás afiliados resulta contraria sobre el concepto constitucional de equidad y también al principio de eficacia pensional el cual consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada oportuna y suficiente en beneficios para quedar hecho el sistema de seguridad social ahora bien en caso de que se llegara a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal ruego se mantenga la condena impuesta a la AFP durante al lio que de integrar la totalidad de la cotización que recibió esto es los recursos de la cuenta individual de garantías rendimientos bonos pensionales cuotas abonadas a la entidad también bonos pensionales cuotas de seguros pensionales cuotas de la cuota individual por lo cual solicito se adicione a la sentencia la condena impuesta a la entidad que represento con una obligación de hacer a favor de la demandante se condiciona el previo cumplimiento de las obligaciones que se impongan a las AFP toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP integren los recursos de mi representada y actualice la información de la demandante a la respectiva base de datos con lo anterior dejo sustentado el recurso reiterando se revoque la decisión que se acaba de proferido por el juzgado 15 laboral del circuito de Bogotá y en consecuencia se tenga como consecuencia absolver a mi representada de cada una de las pretensiones en su contra.”

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

la demandante tenía 30³ años de edad y había cotizado 91,28⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 1 años, 9 meses y 3 días⁵), y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 56 y 12 del archivo 01 del del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6, 7}.

³ Nació el 21 de diciembre de 1963.

⁴ Ver historia laboral expedida por SKANDIA, folio 210 del archivo 01, trámite de primera instancia, historia expedida por la oficina de bonos pensionales folio 233 a 235 archivo 01 del expediente digital.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia*”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos,*

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

Según dicho precedente los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido, para la Corte: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8

estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, la obligación de brindar información se debe cumplir con *“tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, cuando estaba vinculada laboralmente con el Hospital Militar, reunieron a los empleados civiles y les dijeron que debían trasladarse a un fondo privado, luego un asesor de PORVENIR les dio una corta charla donde sólo le indicaron que iba a tener una mejor pensión, el asesor diligenció el formulario y los ubicó en su lugar de trabajo para su firma, pero no les informaron cuáles eran las características o funcionamiento del RAIS (Audiencia virtual,

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

récord 23:40, archivo No. 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

El traslado debe efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó el Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y estableció que *“las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley”*. El Decreto 2527 de 2000, establece además, que las Cajas, Fondos, o entidades públicas, continuaran reconociendo o pagando pensiones, *“mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”*.

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración a cargo de aquella y de PORVENIR S.A., pero en virtud de la apelación presentada por COLPENSIONES se adicionará para ordenar a SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. efectuar la devolución de los montos de los seguros previsionales (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”*, así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.

efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, carece de objeto la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de la AFP, porque la parte resolutive de la decisión de primera instancia así lo estableció.

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para CONDENAR a las AFP SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. a devolver los montos descontados por primas de los seguros previsionales de la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; y para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
- 2. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
- 3. COSTAS** en esta instancia a cargo de SKANDIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

EXP. 15 2020 00036 01
Lilia Adriana Parra Jiménez vs Colpensiones y otros.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE ROSA MARÍA GALLEGO LOZANO CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 21 de julio de 2023 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ROSA MARÍA GALLEGO LOZANO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario,

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

se declare la ineficacia de su vinculación al régimen de ahorro individual con PROTECCIÓN y SKANDIA por existir vicios del consentimiento, debido a que ninguno de los fondos la asesoró conforme a la ley para que escogiera la mejor opción. En consecuencia, pide que se declare válida su voluntad de estar afiliada a COLPENSIONES, se condene a PROTECCIÓN y SKANDIA a trasladar los dineros que obran en su cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados, así como a pagar y asumir las consecuencias económicas legales por la falta de eficacia con ocasión a la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría en materia de pensiones; y a esta última a recibir los dineros trasladados (ver demanda folios 2 a 17 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de traslado y conforme los postulados de buena fe, por lo que no era posible trasladar concepto alguno a Colpensiones. Además, porque la demandante al momento de afiliarse a ese fondo venía de estar vinculada con otros fondos, por lo que ya tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional, la asesoría era más una *reafirmación de los argumentos ya conocidos*. Así mismo, en razón a que la selección de régimen del sistema general de pensiones es libre y voluntaria por parte de la afiliada, por lo que, al seleccionar el RAIS, aceptó todas las condiciones propias de dicho régimen conforme lo disponen la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Asegura que no basta con invocar vicios del consentimiento sino que debe explicar y probar en que consiste cada uno de ellos y a quién es atribuible, elementos que carecen de sustento fáctico dentro de la demanda. Considera que el deber de información debe verificarse en relación

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

con la fecha en que se produjo el traslado de régimen pensional y, en todo caso, no puede perderse de vista que el Sistema General de Pensiones fue creado por disposición legal y es allí donde se compilan las normas que lo regulan. Advierte que la demandante no puede retornar al RPM por faltarme menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. En su defensa propuso las excepciones que denominó: *la demandante para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado instituto de seguros sociales; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; la asesoría brindada fue clara, comprensible y circunscrita a la situación particular de la afiliada; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; configuración de reintegro de prima de seguro previsional; compensación, prescripción del porcentaje de los gastos de administración; prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, buena fe y la genérica (ver contestación folios 2 a 27 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).*

PROTECCIÓN S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda que involucran a esa entidad, en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante a ese fondo debido a que, a su juicio, nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata en el formulario de afiliación suscrito por la demandante en forma libre y espontánea, con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes, que generó derechos y obligaciones y cumple con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación pues esta establecida la fórmula en la Ley 100 de 1993 y, de todas formas, la demandante está inmersa en la prohibición de traslado del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión. Como excepciones de mérito propuso *las inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir,*

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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, innominada o genérica y el traslado de los aportes.(ver contestación folios 1 a 21 del archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda, afirma que la demandante no allega prueba de alguna causal de nulidad o ineficacia de la afiliación y, por el contrario, la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia de conformidad con los Decretos 663 de 1993, 692 de 1994 y 720 de la misma anualidad. Señala que la demandante ejerció su derecho de libre escogencia consagrado en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y que con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, no puede retornar al régimen de prima media por encontrarse a menos de 10 años de adquirir el estatus pensional. En su defensa propuso las excepciones que denominó: *prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos* (ver contestación folios 2 a 22 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de julio de 2023, mediante la cual el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PROTECCIÓN S.A. no garantizó una afiliación

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizara la demandante el día 07 de febrero de 1996 por ante la AFP PROTECCIÓN debido a la omisión en el deber de información por parte de tal administradora. SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES incluyendo los conceptos de capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, concepto por garantía de pensión mínima y en general todo emolumento que integre las cotizaciones y que se haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Igual condena se extiende a la AFP PROTECCIÓN S.A durante el tiempo en que la demandante permaneció vinculada a ese fondo en relación con los valores integrantes de la cotización en la totalidad de los mismos y que no hayan sido transferidos en su momento al fondo PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los recursos trasladados conforme aquí se condena en el régimen solidario de prima media con prestación definida, reactivando tal afiliación y tal régimen para la demandante y traduciendo en semanas de cotización en ese régimen sumando a las aquí cotizadas todas las que se cotizaron en el régimen de ahorro individual con solidaridad. QUINTO: SE CONDENAN en COSTAS a las demandadas. Practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de medio salario mínimo legal mensual vigente como valor de agencias en derecho a cargo de las demandadas SKANDIA pensiones y cesantías y la AFP PROTECCIÓN SA*

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

y el valor de un cuarto de salario mínimo legal mensual vigente a cargo de COLPENSIONES” (Audiencia virtual, récord 1:42.14, archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de SKANDIA, asegura que al presente caso le resulta aplicable la sentencia proferida por esta Corporación el 31 de marzo de 2023 pues, al igual que en el caso que allí se discutió, en este asunto la administradora no intervino en la suscripción del formulario de afiliación y por ello debió vincularse a los empleadores quienes motivaron a la demandante para afiliarse, e imponerse la carga de la prueba a la demandante. Considera que no se cumplen los presupuestos para la aplicación del precedente de la Corte y por ello debe revocarse la sentencia. De confirmarse la decisión, pide que se revoque la orden de devolver los gastos de administración porque tales emolumentos no hacen parte de aquellos que deben retornarse en los casos de traslado de régimen, conforme el Decreto 3995 de 2008 y, en todo caso, sobre los mismos operó la prescripción¹ (Audiencia virtual, récord 1:45.45, archivo No. 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias señoría, en primer lugar, me permito interponer el recurso de apelación contra la sentencia proferida en esta instancia y eventualmente de no ser procedente o no acogerse estas decisiones de manera parcial frente a los gastos. En primer lugar su señoría, presentó el recurso de apelación con fundamento en los siguientes argumentos, respetando, pero apartándome de los motivaciones que se dieron en sentencia de instancia frente a la condena con mi representada y, sobre todo, de acceder a las pretensiones contenidas en la demanda de manera muy respetuosa, señoría, y atendiendo que en consideración de las suscrita, el problema jurídico que resolvió, digamos, como que el Tribunal Superior, a través de la sentencia reseñada es la sentencia 2020 265 que absuelve a las demandas y confirma la absolución dada por el juez 38 laboral se centró, si bien es cierto, hablaba sobre la contradicción entre los hechos de la demanda y el interrogatorio de parte el problema se centró sobre todo ante la no representación de manera personal y directa de las administradoras a través de un asesor, y en esos de ideas sí son similares las situaciones fácticas dadas en este caso que a diferencia del anterior, aquí desde el inicio de la demanda, si se manifestó, como lo manifestó en los hechos 6,7,8,9 y 10 de la demanda que la demandante no contó con una representación de la compañía y en ese orden de ideas entiendo que el problema central plasmado en la sentencia que se hizo alusión en los alegatos y en la intervención realizada por la suscrita en la intervención, se señala específicamente a ese problema jurídico y es precisamente la no intervención de las administradoras, como se dio en el presente caso ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, los hechos 12 a 18, si bien es cierto, no está señalando, no está indicando de manera específica que no fue un asesor, pero sí está reprochando de manera directa tanto a Protección y a Skandia que no informaron a la demandante o no dieron a conocer ese deber

EXP. 16 2022 00125 01

Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

de información y en ese orden de ideas, pues no se dio a conocer ese deber de información, porque precisamente no estaba presente en ese acto y sobre todo, en el traslado del régimen, como en el traslado de fondo con mi representada. y en ese orden de ideas y teniendo en consideración, pues de manera muy amplia los postulados y las consideraciones dadas por el tribunal en fecha 31 de marzo 2023. pues sí considero de manera muy respetuosa su señoría, que si cumple con similares criterios a los dados en este juicio ahora bien igualmente formuló y presento esta problemática ante el tribunal porque considero que así como en el caso que yo estoy indicando en la sentencia dada por el tribunal en el presente caso también debe absolverse a la a las demandas tienen de consideración el criterio fundamental de que no estuvo presente la representación de los asesores, en tanto, en el traslado de régimen con el traslado de fondo de la aquí demandante y en ese orden de ideas, al no estar presente en el presente proceso, debía haberse vinculado uno a las empresas o los empleadores en su oportunidad, quienes finalmente fueron quienes llevaron y motivaron a la demandante de suscribir esta afiliación igualmente esta manifestación no solamente estaba plasmada y acreditada con los hechos de la demanda, sino que además, por lo menos en lo que tiene ver con la afiliación que realizó con Skandia en la parte final, indica la demandante que sea afilió a esa administradora por respaldo y por recomendación de la empresa, observemos la parte final del formulario de afiliación, formulario de afiliación a pesar de los reproches que la demandante realiza en su escrito de demanda, no fue tachado de falso por consecuencia, al no ser tachado de falso, pues tiene todos los efectos jurídicos dicho documento y en estas casillas de las cuales indican las razones por las cuales se afilia a Pensionar precisamente está manifestando el hecho de que existe un mayor respaldo y es una recomendación dada por la empresa y así es su señoría, teniendo en cuenta esos aspectos que son esenciales para resolver el presente asunto de manera muy respetuosa honorables magistrado solicitó la revocatoria de la sentencia en su integridad y en ese orden de ideas, absolver a mi representada uno, porque la demandante firmo esas afiliaciones por imposición del empleador 2, porque la carga de la prueba en este caso no es procedente y le correspondían este caso particular era a la parte demandante y no a las demandas teniendo en consideración que no estuvo presente a los asesores 3 en el presente caso es siquiera se aparta un presente jurisprudencial, dado que no se cumple con los criterios teniendo en consideración este este asunto fundamental y en eso de ideas pues solicito honorables magistrados, tener a consideración estos supuestos fácticos y estas consideraciones específicas de este caso para que se revoque la sentencia, pero honorables magistrados eventualmente no se revoca la sentencia proferida en primera instancia bajo los argumentos expuestos anteriormente, de manera muy respetuosa igualmente formule el recurso de apelación parcial frente a la misma referente a el numeral segundo en la sentencia cuando impone a mi representada las de devolución de unos gastos de administración, todo ello teniendo en consideración que si se confirma la decisión de ineficacia del traslado dicha ineficacia genera unos efectos y dichos efectos son los regulados por las normas que regulan la materia, esto es, el Decreto 3995 del año 2008, artículo séptimo, que ha señalado de manera taxativa cuáles son esos emolumentos o conceptos que deben trasladarse, como operar en presente caso del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, encontrando que dicha norma no contempla los referidos gastos de administración, considerando que no están en dicha norma atendiendo que guarda relación armónica con la Ley 100 del 93, artículo 20, que contempla que dichos gastos son utilizados debidamente para la correcta y sobre todo eficiente administración de la cuenta de ahorro individual de la demanda y en ese orden de ideas no es dable generar un traslado de unos recursos que fueron utilizados y bajo los lineamientos legales debidamente destinados y en ese orden de ideas solicito honorables magistrados la revocatoria de dicha decisión, dado que no están señalados en la norma, pero quiero finalizar mi intervención si eventualmente, a pesar de estos argumentos señalados anteriormente, se confirma la decisión referente a los gastos que se den por prescritas los conceptos de gastos de administración, considerando que es una emolumentos periódicos y sobre todo, que no están destinados para cubrir la pensión de vejez de la demandante y en consecuencia, considera la suscrita que cabe perfectamente la figura de la prescripción ... que nos habla nuestra normatividad laboral y en este orden de ideas teniendo en consideración que la demandante se encuentra afiliada de tiempo atrás y cumple con esos

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES, solicita que se le absuelva de la condena en costas porque no tuvo injerencia en el traslado de régimen y su negativa a recibirla o anular el traslado se sustenta en una imposición legal² (Audiencia virtual, récord 1:54:22, archivo No. 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más

términos y el tiempo estipulado en las normas, pues cabe perfectamente la figura de la prescripción frente a esos rubros, si eventualmente se confirman los mismos y en ese orden de ideas solicito de manera respetuosa honorables magistrados, se de por probada esta figura de prescripción frente a esta condena de gastos que fue señalada en sentencia de primera instancia en ese orden de ideas su señoría de manera muy respetuosa, dejó presentado mi recurso de apelación.

² *“Me permito presentar recurso de apelación parcial en contra de la providencia dictada por su despacho el día de hoy, solicitándole al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revocar la condena en costas en contra de mi representada esto de conformidad con el siguiente argumento, debe tenerse en cuenta que dentro del acto de afiliación realizado por la señora Rosa María Gallego Lozano al fondo de pensiones Protección y al fondo de pensiones Pensionar, pues el instituto de seguros sociales no tuvo injerencia alguna en lo que tiene que ver con la reclamación y la solicitud de ineficacia del traslado presentada ante Colpensiones, pues mi representada no tenía más lugar que poder negar dicha solicitud atendiendo a la imposición legal y normativa que refiere en estos casos y en lo cual pues le solicitó al honorable tribunal tener en cuenta que tanto el instituto de seguros sociales como Colpensiones, pues no tuvo injerencia alguna dentro del acto de afiliación de traslado y pues en lo que le corresponde en su deber legal del cumplimiento y la protección de los recursos del régimen de prima media con prestación definida, pues tenía que negarse tanto en la solicitud de reclamación administrativa como en la presente demanda, pues teniendo en cuenta la imposibilidad normativa que refiere y el cumplimiento de las obligaciones legales y jurisprudenciales que le atañen frente al régimen de prima media con prestación definida así las cosas le reitero la solicitud al honorable tribunal superior, pues absolver a mi representada frente a la condena en costas dada en la primera instancia su señoría así dejo sustentado mi recurso.”*

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1° de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la

EXP. 16 2022 00125 01

Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

demandante tenía 31³ años de edad y había cotizado 93,86⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 2 años⁵), y para la fecha de presentación de la demanda ya había llegado a la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver folio 18 y 141 del archivo 01 del del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6, 7}.

³ Nació el 10 de septiembre de 1964.

⁴ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folio 488 a 491 del archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos,*

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

Para la Corte los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido, para la Corte: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*». Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado

estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, al momento de vincularse a la empresa MAKRO se le entregaron diferentes documentos entre los que se encontraba la solicitud de afiliación a PROTECCIÓN, la cual diligenció con sus datos personales y firmó. En ese

válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

orden no existió ninguna asesoría del fondo sobre el funcionamiento del RAIS (Audiencia virtual del 21 de julio de 2023, archivo 27 del expediente digital, récord 39:05).

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, la falta de asesoría no subsana una deficiencia en la información que debió entregar el fondo de pensiones en el momento del traslado de régimen pensional; por el contrario, la corrobora. Como en la demanda se afirmó una *falta* al deber de información, tal materia o hecho sí formaba parte del litigio, y se debía decidir en la sentencia con base en los lineamientos fijados en el precedente de la Corte.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA y PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo el capital, aportes y rendimientos, sumas a la aseguradora, bonos pensionales, gastos de administración y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA.

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de SKANDIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 16 2022 00125 01
Rosa María Gallego Lozano vs Colpensiones y otros.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MIGUEL ARTURO PEÑA GÓMEZ CONTRA
COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA ANDISEG LTDA,
MARÍA LIBIA GARCÍA DE DÍAZ, MARÍA FERNANDA DÍAZ GARCÍA, LIBIA
MARCELA DÍAZ GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL DÍAZ GARCÍA Y PEDRO
PABLO DÍAZ GARCÍA.**

Bogotá D. C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación presentado por el demandante, contra la sentencia dictada el 20 de abril de 2023 por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que se DECLARÓ probada la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor, probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, y se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MIGUEL ARTURO PEÑA GÓMEZ presentó demanda en contra de la COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA-ANDISEG LTDA, MARÍA LIBIA GARCÍA DE DÍAZ, MARIA FERNANDA DÍAZ GARCÍA, LIBIA MARCELA DÍAZ GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL DÍAZ GARCÍA Y PEDRO PABLO DÍAZ GARCÍA , para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con la COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA-ANDISEG LTDA en el periodo comprendido entre el 25 de septiembre

de 2018 y el 23 de mayo de 2019. Pide que de conformidad con el artículo 36 del CST se declare que son solidariamente responsables MARÍA LIBIA GARCÍA DE DÍAZ, MARÍA FERNANDA DÍAZ GARCÍA, LIBIA MARCELA DÍAZ GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL DÍAZ GARCÍA Y PEDRO PABLO DÍAZ GARCÍA de las obligaciones de pagar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones por despido injusto, perjuicios morales, y la sanción moratoria dispuesta en el artículo 65 del CST.

Como sustento de sus pretensiones afirma que trabajó para la COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA-ANDISEG LTDA como *Guarda de Seguridad* en el edificio ENTRE PINOS de Bogotá bajo un contrato de obra o labor cumpliendo un horario de 6:00 am a 6:00 pm y de 6:30 pm a 6:00 am, 4 días de los cuales 2 eran en el horario de la noche. Devengaba salario mensual de \$1.150.000. Indica que durante la relación laboral no recibió el pago de las prestaciones sociales ni las vacaciones, que el contrato terminó el 23 de marzo de 2019 por despido indirecto. Refiere que un día en su lugar de trabajo abriendo las puertas, el monitor de una de ellas fallo y golpeó un vehículo BMW, motivo por el cual la propietaria requirió a la compañía para que respondiera por el daño presentando una cotización de \$1.880.000, suma que le fue descontada al considerarlo responsable de lo sucedido. Sostiene que presentó solicitud ante el Ministerio de Trabajo con la finalidad de que los demandados le pagaran las prestaciones sociales pero que no hubo acuerdo conciliatorio. Alega que sufrió perjuicios morales a causa del despido injusto pues era el sustento de todo su núcleo familiar (ver demanda páginas 2 a 14 archivo 02 y subsanación archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA-ANDISEG LTDA, MARÍA LIBIA GARCÍA DE DÍAZ, MARIA FERNANDA DÍAZ GARCÍA, LIBIA MARCELA DÍAZ GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL DÍAZ GARCÍA Y PEDRO PABLO DÍAZ GARCÍA a través de apoderado judicial. Aceptaron el contrato de trabajo de obra o labor, el lugar de trabajo, el cargo y el horario. Se opusieron a las pretensiones con fundamento en que la relación laboral finalizó con justa

causa comprobada e imputable al trabajador consistente en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales al abandonar su sitio de trabajo desde el 23 de mayo de 2019, y que a la finalización del contrato liquidó y pagó al demandante lo que de buena fe creyó deber por prestaciones sociales y salario, siendo improcedente el pago de la sanción por el no pago de las cesantías y la indemnización del artículo 65 del CST. En su defensa propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones demandadas, pago y buena fe* (ver contestación páginas 3 a 15 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 20 de abril de 2023 que DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor, y ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones invocadas en su contra. Para el efecto estimó probada la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor cuyos extremos laborales son del 25 de septiembre de 2018 al 11 de junio de 2019. Negó el pago de las prestaciones sociales al haber acreditado la demandada el pago, y procedentes los descuentos realizados por el empleador dada la autorización del trabajador para el efecto. No se pronunció sobre el despido indirecto por haber desistido el demandante de esta pretensión, ni sobre perjuicios morales porque no fueron debidamente establecidos en la demanda.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas y pago, propuestas por los demandados, según las consideraciones expuestas en precedencia. SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante señor MIGUEL ARTURO PEÑA GÓMEZ, identificado con la C.C. 79.701.435, y la demandada COMPAÑIA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA., existió un contrato de trabajo por obra o labor, entre el 25 de septiembre de 2018 y el 11 de junio de 2019, el cual terminó por decisión del trabajador, según lo considerado en precedencia. TERCERO ABSOLVER a la COMPAÑIA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA. – ANDISEG LTDA., y a los demandados señores MARÍA LIBIA GARCÍA DE DÍAZ, MARÍA FERNANDA DÍAZ GARCÍA, MIGUEL ANGEL DÍAZ GARCÍA, PEDRO PABLO DÍAZ*

GARCÍA, LIBIA MARCELA DÍAZ GARCÍA y MIGUEL ÁNGEL DÍAZ GARCÍA, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor PEÑA GÓMEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR en costas al demandante a favor de los demandados. En firme esta sentencia, por Secretaría, practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$300.000 M/Cte. QUINTO: Se dispone la consulta de esta sentencia a favor del demandante.” (Audiencia virtual, archivo 25 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 27:54).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante pide que se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones de la demanda. Asegura que al momento de vincular al trabajador, la demandada le hizo firmar una hoja en blanco que fue diligenciada con posterioridad y traída al proceso como autorización para efectuar descuentos, lo que reconoció el representante legal en el interrogatorio de parte. Señala que de mala fe se descontó el valor del siniestro de la liquidación final, siniestro que no fue probado. Aduce que por la inasistencia de los demandados al proceso se debieron tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión¹ (Audiencia virtual, archivo 25 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 29:42).

¹ “La parte demandante interpone recurso de apelación frente a la sentencia emitida por su despacho el cual lo sustenta de la siguiente forma: Para entrar a realizar la respectiva apelación lo divide en dos puntos, uno la petición y dos la sustentación. La primera la petición, la petición principal es que se revoque la sentencia en su totalidad se acceda a las pretensiones de la demanda, la segunda petición es que se condene en costas en ambas instancias a los demandados. sustentación del recurso para entrar a analizar la viabilidad de ese pago y de esa autorización que hoy en día el señor juez le dio validez pues hay que irnos al momento exacto y cada hecho o cada acontecimiento o cada suceso se valora en su contexto histórico en el momento en que se hizo por esa razón tenemos que irnos es al contexto histórico donde comenzó el problema y el problema comenzó cuando efectivamente cogieron a Miguel Arturo Peña Gómez y le hicieron firmar una hoja en blanco que se llama folio 120 de este proceso digital esto quiere decir que esa hoja en blanco era la autorización y por qué digo que esa hoja era en blanco porque para la fecha en que fue firmada el mismo representante legal de la empresa lo manifestó que esta hoja se hacía llenar para que el trabajador pudiera recibir los elementos como el radio de comunicación como el revólver como los elementos de trabajo y que en caso dado que se perdiera o alguna situación estaba esta hoja porque cuando se le preguntó a él se le preguntó por la fecha y es que la fecha tiene algo de cierto si usted mira en el documento dice en la parte de arriba superior derecha del folio 120 dice fecha 7 de noviembre del 2014 eso quiere decir que cuando entró a trabajar el señor Miguel Arturo Peña Gómez entró a trabajar entre septiembre del 2018 pues ese documento

ya había subido un precio según ese documento ahora en la parte de abajo vemos que no tiene ni mes, no tiene año, no tiene nada entonces ese documento lo hacían firmar al ingreso del trabajador entonces la finalidad de los artículos 149 y 59 no fueron cumplidos porque cuál es la finalidad de esos artículos es prohibir a los patronos deducir, retener, compensar, suma alguna el monto de los salarios y prestaciones un dinero que correspondan a los trabajadores sin autorización previa escrita de estos por cada caso o sin mandamiento judicial con excepción de los siguientes y ahí hace las excepciones pero vayámonos al documento al documento 120 y al documento 123 del expediente digital del cual el señor juez le dio credibilidad al documento 120 ese documento de inicio está vedado por qué razón porque se creó con otra finalidad totalmente a la del espíritu de la norma cuál es ese espíritu de la norma el espíritu de la norma es que el patrón no está autorizado para realizar esas deducciones y lo vemos de conformidad con el artículo 149 que dice descuentos prohibidos el patrón no puede deducir retener compensar suma de salarios sin orden escrita del trabajador para cada caso bueno pero cuál fue esa deducción si usted lo miran acá dice por concepto de siniestro entonces ahora les pregunto al despacho y al demandado y a toda la audiencia cuál siniestro dónde está ese siniestro dónde se probó ese siniestro dónde la empresa ANDISEG le tocó sacar de su pecunio \$1.200.000 para poder pagarle a ese dueño de ese vehículo no fue probado y eso es una carga probatoria y para eso está el código general del proceso del artículo 167 que habla claramente de la carga probatoria del que pretenda escudarse en esa situación tiene que probar de que efectivamente sí se dio ese siniestro que efectivamente a ANDISEG le tocó sacar dinero para esa situación por tal razón en este momento no fue probado el siniestro y cómo no fue probado el siniestro para el presente asunto no se puede llegar a una condena por ese siniestro que ese siniestro que se menciona acá pues no fue el objeto mediante el cual esa carta se firmó si usted lo analiza todos los vigilantes que entran a esa empresa de vigilancia firman una carta como la que firmó el demandante por esa razón si usted mira el tipo de letra de Miguel Arturo Peña para la palabra siniestro para donde dice la suma de \$1.200.000 pues son tres letras diferentes y si usted me dice a mí que por qué no taché de falso dicho documento pues hombre es que es un documento en blanco lo llenan como en este caso lo llenó y efectivamente Miguel Arturo Peña dio las explicaciones por qué aparecía ese documento en blanco entonces vemos que efectivamente se utilizó un documento con una finalidad totalmente diferente a la que la norma dice vemos en el caso acá que hay un descuento de una Cooperativa de \$300.000 que aparece en uno de los documentos aportados por los demandados pero bueno centrémonos en ese descuento del siniestro cuando yo realizo la demanda yo lo que vengo es a pedir las vacaciones, las primas, las cesantías, los intereses a las cesantías que fue lo que le quedaron debiendo al trabajador porque eso fue lo que le quedaron debiendo no tal descuento de siniestro sino le quedaron debiendo esas prestaciones sociales que se mencionaron en la demanda porque es que es obligación del empleador probar el pago y es obligación del trabajador probar los extremos laborales, el trabajador probó los extremos laborales, probó que se hizo un descuento, probó que le descontaron \$1.200.000 y con la consignación que realizaron en el banco pues realizaron la consignación por 28.713 pesos y miramos la liquidación y efectivamente es ese valor \$28,000 pesos recibió el trabajador de liquidación pero si lo revisamos vemos que hubo una trampa y cuál es la trampa el tal siniestro y el siniestro es un siniestro pero para el código sustantivo de trabajo porque las prestaciones, las vacaciones y las cesantías no fueron pagadas al momento de la finalización de la relación laboral ahora vayámonos a la etapa procesal que sucedió en este proceso llegamos a la etapa de conciliación y en la conciliación brilla por su ausencia que no asistieron a la audiencia de conciliación entonces se da la aplicación de ese artículo 77 que dice en el numeral segundo si se trata del demandado se presumirán por cierto los hechos de la demanda susceptibles de confesión o sea que los demandados que no asistieron a la audiencia de conciliación se declaran confesos de esos hechos y el juzgado nos declaró confesos ahora vayámonos a la siguiente etapa que es donde empieza los interrogatorios y empieza lo mismo se da la misma aplicación o la confesión porque se practicó el interrogatorio pero frente a la ausencia del demandado no se pudo practicar de quién es la culpa es culpa del demandado por no asistir a la audiencia es una confesión que se presenta por no haber asistido a la respectiva audiencia por tal razón se da un indicio grave y una confesión real se dieron dos confesiones frente a esa situación está claro que al trabajador se le sustrajo la suma de \$1.200.000 y está claro que el motivo de ese concepto frontal siniestro pero el siniestro no fue probado pero sí está probado que fue realizado ese descuento ahora ese descuento es legal o ese descuento es ilegal entonces si nosotros le colocamos acá a este documento en blanco se descuenta por siniestro o porque

se perdió cualquier material pues simplemente esa va a ser la justificación para poder llegar a negar ese pago de esas cesantías prestaciones sociales pues no porque efectivamente el trabajador lo firmó de entrada miren la declaración del representante legal, el representante legal dijo clarítico de que esa autorización fue firmada al ingreso de la relación laboral no cuando sucedió el siniestro y se haya generado esa autorización para ese pago de ese siniestro como quien dice esta hoja fue mal utilizada porque si se firmó al comienzo y si el siniestro se dio en épocas posteriores vemos que efectivamente la hoja fue firmada al ingreso y después se produjo el siniestro al producirse el siniestro pues esa hoja o esa autorización no era válida porque si se firmó primero la hoja y el siniestro todavía no había sucedido cómo le van a descontar al trabajador un siniestro de \$1.200.000 si el siniestro todavía no había nacido pero si usted mira la hoja dice Ah el siniestro muy bien les contamos 1.200.000 cuál es la trampa, la trampa está ahí en la misma hoja 120 y en relación con los hechos que dan fe cuando sucedió el siniestro porque la hoja el motivo de descontarle al trabajador fue el siniestro ósea que utilizaron una hoja en blanco y le colocaron siniestro y listo descontémosle la puerta al vigilante y dónde quedan los derechos mínimos ciertos indiscutibles del trabajador, dónde quedan las cesantías, dónde queda la prima, dónde quedan las vacaciones de un salario mínimo y simplemente se sustrae el demandado de pagar y simplemente lo que hace es engañar a su despacho están engañando a su despacho porque razón porque cogieron un documento en blanco y lo llenaron simplemente con la palabra siniestro y tenga trabajador pague lo que no se ha comido. Ahora esa deducción atenta contra la mala fe y contra la buena fe de las relaciones laborales, la buena fe es portarse bien hombre, la buena fe es que si sucede alguna situación o un pago pues que sea justo y equitativo esa exoneración de ese pago pero aquí de entrada estamos hablando de una mala fe por qué razón porque el documento no fue firmado para la finalidad que fue creado entonces cuando hablamos de la buena fe hay que hablar de distinción de la buena fe objetiva y buena fe subjetiva y esta confusión en estos dos conceptos en nuestra doctrina en pocas veces ha llegado a esa desnaturalización del principio de la buena fe frente a una frente a la otra en la buena fe subjetiva pero acá lo que se valora es una buena fe objetiva porque se valora una buena fe objetiva porque lo único que establece que se obre con buena fe porque ese es una obligación de principios de pagar las cesantías y las primas y las vacaciones pues solamente opera la buena fe objetiva ósea la del pago entonces porque todos vivimos de buena fe todos actuamos de buena fe todos hacemos negocios de buena fe pero en este presente caso al demandante le descontaron \$1.200.000 de mala fe por qué razón porque le descontaron de su salario de sus prestaciones sociales de lo mínimo que requiere un ser humano para vivir por esa razón actuaron de mala fe no es lo mismo como digamos que haya pagado ese \$1.200.000 a un familiar o que haya pagado haya demostrado digamos que se dio ese siniestro haya demostrado en el proceso que la empresa dice pago ese \$1.200.000 y que tiene la autorización pero es que no existe recibo existe ante la confesión de que eso nunca se pagó de que no se pagó el \$1.200.000 entonces quién se benefició trabajador le descuenta \$1.200.000 empresa de vigilancia descuenta el \$1.200.000 y se apropia de ese \$1.200.000 y propietario de ese vehículo en ningún momento vino a declarar o el conjunto residencial hubiera venido a declarar a decir oiga sí señor al señor le tocó cobrarle a la empresa de vigilancia \$1.200.000 y por esa razón le quitaron el puesto o alguna situación de esas pero no brilla por su ausencia que nunca probaron ni el siniestro ni a quién le pagaron ese \$1.200.000 entonces vemos que ahí el que se quiso apropiarse de eso fue el patrón de las prestaciones sociales del trabajador y el espíritu de la norma de los artículos 149 y 59 pues no fueron cumplidos porque es que el espíritu de la norma habla clarito con toda tranquilidad de que no se puede deducir o retener o compensar suma alguna del salario de las prestaciones sin orden escrita del trabajador pero aquí vemos que hubo una trampa hubo una trampa al trabajador porque las cartas que inicialmente no coincide con el objetivo por el cual fue creada por tal razón debe revocarse la sentencia en toda su totalidad y tener por no ese siniestro y ordenar el pago de ese \$1.200.000 que corresponden a primas legales, cesantías, vacaciones del trabajador que le fueron descontados ese valor por esa razón cuando yo hice la demanda lo hice fue en base a los valores que dejaron de pagarse al demandante no del siniestro porque es que el siniestro lo tiene que probar es el demandado porque al trabajador le adeuda al día de hoy esas prestaciones sociales, si bien es cierto existe esa carta a folio 120 vemos los tipos de letra que se utilizaron hay uno, dos, tres tipos de letra tres tipos de letra totalmente diferentes uno donde firma el trabajador y pone la huella otro donde dice \$1.200.000 y otro donde dice el concepto eso no se requiere ser científico y tapar el sol con una mano pero sí

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia: (i) la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor entre el 25 de septiembre de 2018 y el 11 de junio de 2019 en el cargo de guarda de seguridad en el Edificio Entre Pinos de Bogotá (folios 28 a 32 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia), (ii) que al demandante le fue descontada de la liquidación de prestaciones sociales la suma de \$1.200.000 bajo el rubro “*DTO SINIESTRO*” (folio 59 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso propuesto (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir (i) si es válido el descuento efectuado por el empleador en la liquidación final del contrato de trabajo a título *siniestro*, y en dado caso, (ii) la existencia de responsabilidad solidaria en todas las demandadas.

(i) DESCUENTOS. Sea lo primero recordar que si bien el empleador está facultado para compensar de la liquidación final de prestaciones sociales las deudas que hayan adquirido con él sus trabajadores, para que ello sea posible, dichos créditos deben ser reales y exigibles legalmente. Son reales y exigibles legalmente, en casos como el presente, las deudas por daños o culpas que haya aceptado expresamente el trabajador. No sobra recordar que el artículo 149 del C.S.T. prohíbe las compensaciones “*por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento*”.

se requiere un poquito de análisis en la declaración del representante legal de la empresa cuando confesó de que ese documento fue al inicio y no fue en el momento del siniestro por tal razón ruego a su despacho revocar la decisión en su totalidad condenar esas prestaciones sociales que se le adeudan y además aplicación del artículo 65 en contra de la empresa y en contra de los solidarios que aquí no comparecieron al proceso y de conformidad con el artículo 34 y 36 son solidariamente responsables los Socios hasta el límite de los aportes eso quiere decir que deben de ser condenados al igual que la sociedad principal hasta ahí límite mi intervención en mi recurso de apelación, Muchas gracias.”

Bajo esta regla, cuando el empleador quiera hacer valer en un proceso judicial su derecho a la compensación de créditos -en principio prohibida- tendrá la carga de probar la existencia de una deuda del trabajador y que dicha deuda era exigible en el momento de terminación del contrato de trabajo ^{2,3}, en caso contrario la compensación o descuento de los saldos a favor del trabajador por prestaciones sociales y salarios, no tendrá validez.

Con estas premisas normativas se revocará la sentencia de primera instancia y se dictarán las condenas que corresponden, pues al expediente no se allegó prueba suficiente de un crédito o deuda real y legalmente exigible del trabajador, en la suma que le fue descontada al demandante (\$1.200.000) a título de “*siniestro*”.

No sirve para el efecto el documento suscrito por el trabajador que trajo al proceso la demandada, pues como lo aceptó su representante legal al rendir

² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia SL16794-2015 Rad. 40907 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO: “(...), de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el empleador se encuentra facultado para compensar en la liquidación final de salarios y prestaciones, los préstamos otorgados al trabajador en vigencia del contrato de trabajo.

Ha dicho la Sala que la restricción al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización, se justifica en el desarrollo de la relación de trabajo, pues en ese momento aún se encuentra en vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador (CSJ SL, 10 sep. 2003, rad. 21057; CSJ SL, 12 nov. 2004, rad. 20857; CSJ SL, 12 may. 2006, rad. 27278; CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 27425; CSJ SL, 3 jul. 2008, rad. 32061). De suerte que, una vez finalizado el contrato de trabajo, la subordinación desaparece al igual que el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengados por el trabajador y, en ese orden, es admisible, dentro de los límites legales y de forma proporcional, que el empleador acuda a la figura de la compensación como modo para extinguir las obligaciones, entre ellas, la del trabajador de satisfacer los créditos que de buena fe le hayan sido otorgados”.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia SL3690-2020 Rad. 68363 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA: “(...), la compensación en materia laboral, a la terminación de la relación laboral, procede sin autorización escrita del trabajador, ya que la obligación del empleador de solicitar autorización judicial para la deducción de las cifras adeudadas, está previsto para el caso de compromisos contraídos en vigencia del contrato de trabajo sobre el salario y las prestaciones que pretendan ser deducidas también en ejecución del mismo, como una garantía de la ley, para que el trabajador no se vea afectado en el ingreso ante deudas con su empleador.

Sobre el tema, se pueden consultar los fallos de casación del 10 de septiembre de 2003, rad. 21057, reiterado en decisiones del 12 de mayo y 19 de octubre de 2006, rad., 27278 y 27425, CSJ SL712-2013, y CSJ SL8095-2014.

Así las cosas, partiendo de la base, que la demandada, a la terminación del contrato sí podía compensar obligaciones del trabajador, se debe examinar, si realmente el trabajador tenía alguna deuda con el empleador en vigencia del vínculo laboral, concretamente, si recibió dineros que en esencia no estaba legitimado para recibir, al no haber prestado el servicio, por habersele pagado anticipadamente”.

el interrogatorio de parte⁴ fue suscrito por el trabajador antes de que ocurriera el “*siniestro*” respecto del cual se endilga culpa al demandante.

Tampoco se demostró en el expediente, por quien tenía la carga procesal (la parte demandada) que el demandante tuviera a su cargo y en favor del empleador el pago de dicha suma de dinero por cualquiera otra causa. Fue el mismo demandante quien puso de presente la ocurrencia de un incidente el día 23 de marzo de 2019 relacionado con el vehículo de marca BMW, respecto del cual se aportó un presupuesto para reparación dirigida a un tercero por conceptos de latonería y pintura por \$1.880.200 (ver página 4 y 5 archivo 04). Sin embargo, el empleador al contestar la demanda no identificó específicamente cual era el “*siniestro*” al que correspondía el descuento realizado ni los trámites efectuados para que éste pudiera ser descontado.

Aceptar la existencia del crédito (deuda) y la validez del descuento efectuado al demandante con base en una aceptación genérica que suscribió al inicio de la relación de trabajo, no solo desconocería de tajo los derechos de contradicción y de defensa del trabajador sino que terminaría cargando al trabajador con las pérdidas de la empresa, lo que está claramente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

Se ordenará en consecuencia la devolución de las sumas descontadas al demandante de su liquidación de prestaciones sociales, y el pago de las sanciones reclamadas con base en el artículo 65 del CST, norma que dispone como sanción un día de salario por cada día de que transcurre desde la terminación del contrato de trabajo, cuando el empleador no paga la totalidad de los salarios y prestaciones que se adeudan al trabajador. Aunque la condena no opera de plano, en el expediente la demandada no acreditó que le asistieran serias razones objetivas y jurídicas para el descuento realizado, como se dijo atrás.

Así las cosas y dado que la demanda se presentó dentro de los 24 meses posteriores a la terminación del contrato de trabajo, la indemnización corre por

⁴ Min 11:02- Archivo 20

los primeros 24 meses (entre el 11 de junio de 2019 y el 11 de junio de 2021), a partir de esa fecha la demandada deberá pagar intereses sobre las sumas adeudadas. En consecuencia, la condena se dictará a pagar \$30.011.496 (según el salario reconocido en la liquidación de prestaciones sociales), e intereses de mora a la tasa más alta permitida sobre el saldo adeudado (\$1.200.000), desde el 11 de julio de 2021 hasta cuando se efectúe el pago.

(iv) RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Para resolver esta parte de la apelación se advierte que si bien las obligaciones deben ser ejecutadas por la persona natural o jurídica que ocupa la posición del deudor en la relación, bien puede ocurrir que exista a cargo de un tercero un deber de garantía, o que la ley disponga responsabilidad solidaria o subsidiaria de otras personas en su cumplimiento.

Esto último es lo que ocurre en casos como el presente en materia laboral, pues ley extiende la responsabilidad de las personas jurídicas a sus socios, en las condiciones y con las limitaciones que regula el artículo 36 del CST. Según esta norma, *“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”*.

Aplicando esta regla, se tiene que la empleadora COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA ANDISEG LTDA fue constituida como una sociedad de *personas*, por lo que resulta aplicable responsabilidad solidaria a sus socios, pero limitada ésta al valor de los aportes que tiene cada uno en la persona jurídica.

En ese orden, el Tribunal declarará que MARÍA LIBIA GARCÍA DE DÍAZ, MARÍA FERNANDA DÍAZ GARCÍA, LIBIA MARCELA DÍAZ GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL DÍAZ GARCÍA Y PEDRO PABLO DÍAZ GARCÍA socios de la demanda conforme el certificado de existencia y representación legal (ver páginas 18 a 27 archivo 08), son responsables solidariamente de las condenas impuestas

de la COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA ANDISEG LTDA, hasta el monto de sus aportes.

COSTAS de primera instancia a cargo de los demandados.

SIN COSTAS de segunda instancia por el resultado del recurso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **CONDENAR** a la COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA ANDISEG LTDA a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero: (i) \$1.200.000, por prestaciones sociales y salarios; (ii) \$30.011.496, e intereses de mora a la tasa más alta permitida sobre el saldo adeudado de \$1.200.000 desde el 11 de julio de 2021 hasta cuando se efectúe el pago, a título de indemnización moratoria (artículo 65 CST).
3. **DECLARAR** que MARÍA LIBIA GARCÍA DE DÍAZ, MARÍA FERNANDA DÍAZ GARCÍA, LIBIA MARCELA DÍAZ GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL DÍAZ GARCÍA Y PEDRO PABLO DÍAZ GARCÍA como socios de la demandada, son responsables solidariamente de las condenas impuestas de la COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA ANDISEG LTDA hasta el monto de los aportes que cada uno tenga en dicha sociedad.
4. **ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.
5. **COSTAS** de primera instancia a cargo de los demandados.
6. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



Lorenzo TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ANDRÉS DAVID OSORIO LEÓN CONTRA LA
EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA SPICA LTDA.**

Bogotá D. C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor del demandante, la sentencia dictada el 18 de mayo de 2023 por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, que perseguían la declaración de existencia de un contrato de trabajo entre las partes, el pago de prestaciones sociales aportes a seguridad social y vacaciones causadas en vigencia del contrato de trabajo, la indemnización por despido sin justa causa, y la sanción moratoria.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ANDRÉS DAVID OSORIO LEÓN presentó demanda contra la EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA SPICA LTDA para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió una relación laboral que terminó por causa imputable al empleador. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios y aportes a seguridad social integral causados en vigencia de la relación laboral, así como el último mes de salario, la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que el 30 de abril de 2017 suscribió contrato a término fijo con la sociedad EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA SPICA LTDA para desempeñar el cargo de *SUPERVISOR DE SEGURIDAD*, vínculo que se prolongó hasta el 28 de septiembre de 2017; que dentro de sus funciones se encontraba la de acompañar a los clientes; que de manera verbal las partes pactaron un salario de \$1.700.000, no obstante, en el contrato se *impuso* como retribución mensual la suma de \$737.717 (un SMLMV). Asegura que el 28 de septiembre de 2017, con ocasión a las funciones propias de su cargo y por instrucción de su superior CARLOS ANDRES MORENO (Director de Operaciones), coordinó lo pertinente para acompañar a LAURA XIMENA MORA, quien era cliente de la compañía. Relata que una vez reunidos con la cliente en la fecha y lugar indicado, *de manera sorpresiva arriban uniformados de la Policía Nacional por una aparente flagrancia en el delito de estafa* en cabeza suya y contra la cliente, por lo que él y su compañera SUCY LILIANA GUITERREZ MUÑETON fueron trasladados a la URI DE ENGATIVÁ en la cual permanecieron hasta el 29 de septiembre de 2017 cuando fueron liberados porque no se infería *la existencia del delito de estafa, no había hurto ni tentativa de hurto porque en ningún momento tuvieron contacto con la mercancía que se iba a transportar, ni actos idóneos que permitieran inferir la comisión del delito*. Indica que el 2 de octubre de 2017 no se le permitió el ingreso a las instalaciones de la empresa SPICA LTDA por un *aparente abandono del cargo*, razón por la cual solicitó el acompañamiento de la policía a efectos de que le permitieran reincorporarse a sus labores, porque el incidente al que hizo referencia había sido *con ocasión a las actividades laborales propias de su cargo y de conocimiento de la demandada*; sin embargo, el funcionario le reiteró su posición de no permitirle el ingreso porque *“ellos ya no laboraban en la empresa y que la carta de despido les llegaría por correo certificado”*. Menciona que el 11 de octubre de 2017 recibió comunicación en la que le solicitaban presentarse a las instalaciones de la empresa a efectos de rendir descargos, fecha en la que le era imposible acudir. Asegura que el 26 de octubre de ese mismo año pidió se le expidiera certificación laboral y se le pagaran las acreencias adeudadas y que, ante la renuencia de la demandada a dar respuesta a su solicitud, interpuso acción de tutela la cual le fue resuelta de manera favorable. Señala que el 28 de febrero de 2018 recibió una comunicación de la demandada en la que le informaban la constitución de un

Exp. 19 2018 00303 01
Andrés David Osorio León contra SPICA LTDA.

título de depósito judicial a su nombre por lo que a partir del 22 de marzo podía acudir al Juzgado 2 Municipal de Pequeñas Causas, despacho en el que le indicaron que el título fue constituido por \$3.500.000. Asevera que intentó mediar el asunto ante el Ministerio de Trabajo, pero la empresa nunca compareció (ver demanda folios 05 a 11 y subsanación folios 147 a 151 del archivo 02 expediente digital, trámite de primera instancia).

Ante la imposibilidad de notificar personalmente a la demandada, mediante auto del 14 de septiembre de 2020 se dispuso su emplazamiento y se le designó curador para la litis folios 115 y 116, archivo 02). Enterado de la demanda, y una vez posesionado, el Curador ad litem designado la contestó. No aceptó ni negó ninguno de los hechos y tampoco se opuso a las pretensiones de la demanda porque, a su juicio, debe ser la Juez quien valore y decida en derecho la viabilidad de las pretensiones teniendo en cuenta las pruebas allegadas. Propuso como excepciones de mérito buena fe, prescripción y la genérica (folios 214 a 223 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de mayo de 2023, mediante la cual la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de todas pretensiones incoadas en su contra y DECLARÓ probada, de oficio, la excepción de inexistencia de la obligación. Para tomar su decisión, concluyó que el demandante no cumplió con la carga de probar los extremos en los que presuntamente se ejecutó el vínculo laboral que alega ejecutado con la demandada, no siendo válido el contrato de trabajo y la *carta de despido* pues carecen de rúbrica del representante de la sociedad demandada, ni la historia laboral de cotizaciones en pensiones pues se trataba de un documento incompleto.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA SPICA LTDA. con NIT 900.498.071-5 de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor ANDRÉS DAVID OSORIO LEÓN identificado con la cédula número 80.854.486 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probada de oficio la excepción de inexistencia de la obligación y no probadas las demás*

propuestas por la parte demandada conforme la parte motiva. TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. CUARTO: REMITIR el expediente a la Sala de decisión Laboral del Honorable Tribunal Superior Judicial de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor del aquí demandante en caso de que no fuera pues impugnada la presente decisión” (Audiencia virtual, archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 19:54).

CONSULTA

Por ser esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haber sido apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (artículo 69 del CPT y SS), que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal debe definir (i) si se probó que entre las partes existió un contrato de trabajo y, en dado caso, si procede el pago de (ii) las acreencias solicitadas en la demanda, la indemnización por despido sin justa causa y la sanción indemnización moratoria.

Para resolver son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST. El primero define al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”. El segundo (artículo 23) dispone como elementos esenciales del contrato de trabajo: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación (facultad del empleador de impartir órdenes de trabajo en cualquier momento sobre el modo, el tiempo o la cantidad del servicio, e imponer reglamentos), y el salario. Una vez reunidos estos elementos -dice el mismo artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De ésta última norma y del artículo 24 del código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda

relación en la que se involucre la prestación de un *servicio personal* se presume regida por contrato de trabajo, lo que -en aplicación del artículo 167 del CGP- invierte las cargas probatorias del proceso.

En consecuencia, si el demandante en el proceso laboral reclama la existencia de un contrato de trabajo y prueba que prestó en forma continua y personal un servicio (hecho causal de la presunción), la ley *entiende* que éste se ejecutó mediante contrato de trabajo, es decir bajo subordinación, y corresponderá al demandado la carga de probar que no existió este último elemento: la subordinación.

Con estas reglas normativas y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues no se encuentra evidencia suficiente para concluir que el demandante hubiera prestado servicios personales *continuos* a favor de la demandada, ni se pueden obtener de las pruebas aportadas los extremos temporales de una eventual relación.

No resultan útiles para el efecto: (i) el contrato de trabajo a término fijo que milita a folios 12 a 17 del archivo 01 (y 9 a 14 del archivo 02), de fecha 30 de abril de 2017, porque si bien allí se especifica que el empleador es la EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA SPICA LTDA, solo está suscrito por el demandante como trabajador, no así por el representante legal de esa sociedad; (ii) ni el extracto del Banco BBVA en el que figuran los movimientos realizados entre enero y diciembre de 2017 en una cuenta de la que el demandante es titular (folio 15 a 16, archivo 03), debido a que no hay forma de determinar que los pagos que allí constan provienen de la empresa llamada a juicio; (iii) ni la “orden de libertad expedida por el Fiscal” (folios 20 a 22, archivo 02) en razón a que dentro de sus fundamentos se hizo expresa mención que “al parecer” ANDRÉS DAVID OSORIO LEÓN era empleado de la empresa SPICA LTDA, es decir, no se comprobó esa circunstancia; (iv) ni la anotación realizada por un agente de la policía en el libro de población el 2 de octubre de 2017 (folios 24 y 25, ibídem) pues, aunque allí describe que el demandante se desempeñaba en la empresa SPICA LTDA como supervisor de seguridad, según se lee, ello obedeció a información suministrada por el mismo demandante; (v) tampoco el correo con el asunto *entrega de dotación* remitida a Andrés León en la que se le cita a las 3:30 p.m. y llevar la dotación

para *quedar a paz y salvo* con la empresa (folio 31, *ibíd*), porque no tiene fecha; (vi) ni el acta de diligencia de descargos (folios 32 a 35) suscrita por GERMAN HELÍ HERNÁNDEZ ALARCÓN y dos testigos que dan cuenta que el demandante no asistió a dicha diligencia, debido a que se anotó como fecha “*el día 11 de 2017*” sin especificar el mes de su ocurrencia; ni (vii) la carta de terminación del contrato de trabajo del 11 de octubre de 2017 porque también carece de firma por parte de la empresa, lo que impide darle validez a su contenido.

Tampoco resulta útil la *contestación derecho de petición* dirigida al demandante y suscrita por GERMAN HELÍ FERNANDEZ ALARCÓN como representante legal de EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD SPICA LTDA (folios 26 a 28, archivo 01) porque si bien se indica que se emitió la certificación laboral solicitada por el demandante y se le pidió la devolución de la dotación que le fue entregada *por concepto del Cargo de Supervisor el cual venía desempeñando* y que se acercara por la liquidación, no se suministró ningún dato sobre las fechas en que dicha relación laboral se ejecutó y la misiva carece de fecha de elaboración y/o entrega; ni la comunicación del 28 de febrero de 2018 (folio 61, archivo 02) en la que se le notifica al demandante sobre la constitución de un depósito judicial a su favor debido a que no contiene los conceptos por los que se produjo dicho pago, y menos aún la historia laboral expedida por PROTECCIÓN, pues se trata de un documento que se aportó de forma incompleta y en el que ni siquiera se puede evidenciar que el titular de esa información es el actor (archivo 08, primera instancia)

Con todo, aunque se concluyera que tales elementos probatorios son indiciarios de una relación de servicios personales entre las partes, lo cierto es que con ninguno de ellos se podría definir con certeza la fecha en que un eventual vínculo hubiera tenido lugar, situación que impide definir eventuales derechos que pudieran surgir a favor del demandante.

Como se dijo, era carga de la parte demandante acreditar los supuestos de hecho en que fundó sus pretensiones y que generaban la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo (*servicios personales y continuos* en un lapso determinado de tiempo), carga que, como lo concluyó la juez de primera instancia, no se cumplió.

Exp. 19 2018 00303 01
Andrés David Osorio León contra SPICA LTDA.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C.,
administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad
de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE HÉCTOR ALFONSO BARINAS RINCÓN
CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, vinculada a la
OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y
CRÉDITO PÚBLICO**

Bogotá D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra de la sentencia dictada el 25 de julio de 2023 por la Juez Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se NEGARON las pretensiones de la demanda tendientes al reconocimiento de una pensión de invalidez de origen común en favor del demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, HÉCTOR ALFONSO BARINAS RINCÓN presentó demanda contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que tiene derecho a pensión de invalidez, y se condene al pago de las mesadas causadas junto con los intereses moratorios, o de manera subsidiaria la indexación. Como fundamento de lo pedido afirma que nació el 27 de noviembre de 1979, durante su vida laboral ha cotizado 134,29 semanas a COLFONDOS. Afirma que prestó el servicio militar desde el 26 de junio de 2002 hasta el 5 de abril de 2004. Asegura que COLFONDOS a través de su

aseguradora SEGUROS BOLIVAR calificó su Pérdida de Capacidad Laboral (CPL) en el 67,70% con fecha de estructuración del 27 de enero de 2008, fecha en que sufrió un accidente de tránsito y para la cual era cotizante activo. Informa que en el año anterior a la estructuración de invalidez cotizó 27,57 semanas, y le fue negada bajo el argumento de no cumplir con la densidad de semanas exigidas por la Ley 860 de 2003 que sí tenía (ver demanda archivo 01 folios 8 a 18, tramite de primera instancia del expediente digital).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó la demanda mediante apoderado quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Afirma que no se cumplieron los requisitos previstos en la Ley para acceder a la prestación, pues no se cotizaron 50 semanas en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez. Indica que tampoco procede la aplicación de la condición más beneficiosa, como quiera que el demandante se vinculó al sistema general de pensiones en octubre de 2006, fecha para la cual ya se encontraba en vigencia la Ley 806 de 2003. Propuso como excepciones de mérito las de *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho, incompatibilidad entre la indexación y los intereses moratorios reclamados, compensación y pago, buena fe, prescripción, imposibilidad de aplicar el principio de condición más beneficiosa y genérica* (archivo 01 folios 299 a 329). Solicitó el llamamiento en garantía de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., con fundamento en la póliza de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes No. 5030-0000002-04, vigente para los siniestros ocurridos en los años 2005 a 2008 (ver llamamiento en folios 425 a 437 del plenario), y formuló demanda de reconvención, a fin de que en el escenario en que se acceda a las pretensiones de la demanda, se condene al demandante a reintegrar las sumas reconocidas a su favor por concepto de devolución de saldos (ver folios 472 a 478 del plenario).

Mediante providencia dictada el 25 de marzo de 2021, la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, admitió el llamamiento a la COMPAÑÍA DE

SEGUROS BOLÍVAR S.A., admitió la demanda de reconvención promovida por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y dispuso vincular al proceso a la MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, OFICINA DE BONOS PENSIONALES como litisconsorte necesario (ver página 521 a 525 archivo 01 del expediente digital).

Notificada la demanda a la sociedad COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. (llamada en garantía), la contestó mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que el demandante no cumple con la densidad mínima de semanas cotizadas en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Propuso como excepciones: *coadyuvancia a las excepciones de fondo o mérito propuestas por el demandado COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, incumplimiento de los requisitos mínimos que establece la ley para ser beneficiario de la pensión de invalidez, inaplicabilidad del principio de la condición más beneficiosa, buena fe, prescripción, las que resulten probadas en el proceso (genérica, ecuménica o innominada)*. Se opuso también al llamamiento en garantía afirmando que la obligación de reconocer la suma adicional necesaria para completar el capital de la pensión de invalidez o sobrevivientes se hace exigible cuando el derecho pensional ha sido reconocido por el fondo de pensiones, y en este caso el demandante no ha acreditado el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 860 de 2003, pues solo cotizó 41,43 semanas en los 3 años anteriores al 27 de enero de 2008 (estructuración de la invalidez). Propuso como excepciones del llamamiento: *incumplimiento de los requisitos mínimos que establece la ley para ser beneficiario de la pensión de invalidez, ausencia de prueba de ocurrencia del siniestro, condiciones especiales del contrato de seguro previsional expedido por la compañía de seguros bolívar s.a., límite de responsabilidad de la aseguradora, inexistencia de la obligación de cancelar la mora, las que resulten probadas en el proceso (genérica, ecuménica o innominada)* (ver contestación en folios 1 a 16 archivo 02 del expediente).

Notificada la demanda a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (litisconsorcio necesario), la contestó mediante apoderado. Manifestó que no es la competencia de esa cartera ministerial ni de la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada, la competencia legal de esa oficina es la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la nación (artículo 11 del Decreto 4712 de 2008, modificado por el Decreto 192 de 2015, éste último a su vez modificado por el Decreto 848 de 2019). Informó que el demandante tiene derecho a un bono pensional tipo A modalidad 1, el que en respuesta a la solicitud ingresada por la AFP COLFONDOS el día 11 de octubre de 2019, tuvo una redención *anticipada* el 27 de enero de 2008, fecha informada por la AFP como estructuración de la invalidez. Dicho bono concurre como emisor y único contribuyente el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, quien mediante la Resolución No. 5023 de 18 de octubre de 2019 procedió a emitir y redimir (pagar) anticipadamente el bono pensional que fue puesto a órdenes de la AFP COLFONDOS. Propuso como excepciones: *existencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA, buena fe y la genérica* (ver contestación en folios 1 a 7 archivo 10 del expediente).

El apoderado de la parte demandante contestó la demanda de reconvención que formuló COLFONDOS S.A. Se opuso a las pretensiones afirmando que no existe documento que acredite el pago de la devolución de saldos. Propuso como excepciones: *compensación, buena fe del señor HÉCTOR ALFONSO BARINAS RINCÓN al solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y/o la devolución de saldos y protección de los derechos de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos e irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social* (ver folios 517 a 519 archivo 01 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de julio de 2023, a través de la cual la Juez Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a los demandados. Para tomar su decisión tuvo en cuenta el dictamen emitido

por SEGUROS BOLÍVAR que calificó al demandante con una pérdida de capacidad laboral del 67,70% y fecha de estructuración 27 de enero de 2008, y no encontró probados el requisito de semanas cotizadas que regula la Ley 860 de 2003 para esa fecha, ni procedente la aplicación de la Ley 100 de 1993 por *condición más beneficiosa*.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probados los supuestos de hecho que soportan las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en la pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho impetrados por COLFONDOS S.A., probados los supuestos de hecho que soportan las excepciones de incumplimiento de los requisitos mínimos que establece la ley para ser beneficiario de la pensión de invalidez impetradas por la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., probado supuestos de hecho que soportan la excepción de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO impetradas por tal entidad. SEGUNDO: NEGAR la totalidad de las pretensiones invocadas por el demandante HÉCTOR ALFONSO BARINAS RINCÓN en contra de COLFONDOS S.A. de conformidad a lo expuesto en la parte motiva la presente decisión y las invocadas por COLFONDOS S.A. en contra de HÉCTOR ALFONSO BARINAS RINCÓN en la demanda de reconvención. TERCERO: ABSOLVER a la llamada en garantía compañía de SEGUROS BOLÍVAR S.A. y a LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda como en el llamamiento en garantía. CUARTO: sin costas en esta instancia. QUINTO: REMITIR expediente la Sala Laboral de los Honorables Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante HÉCTOR ALFONSO BARINAS RINCÓN en el evento que la decisión no fuere apelada por el mismo esta decisión se notifica las partes en estrado.”* (Audiencia virtual del 25 de julio de 2023 – archivo 17 Min. 56:11).

APELACIÓN

En el recurso, el demandante pide que se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda. Aduce que la seguridad social es un derecho fundamental, y por ello se debe dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa al caso del demandante teniendo en cuenta que la Corte Constitucional como órgano de cierre así lo hecho. Afirma que el demandante sí cumple el requisito de densidad de semanas previsto en la Ley 100 de 1993, por lo que tiene derecho a la pensión de invalidez bajo el principio de la condición más beneficiosa, en los términos de las sentencias SU416-2000, y conforme las reglas establecidas en la sentencia SU556-2019¹ (Audiencia virtual del 25 de julio de 2023 – archivo 17 carpeta 02 Min. 59:07).

¹ “Encontrándome en la oportunidad procesal me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia teniendo en cuenta que si bien la aquí demandante no reunía los requisitos de que trata la ley 860 de 2003 conforme con el artículo 1 donde dice que la prestación y solicitud del escrito va dirigida al principio de la condición más beneficiosa conforme al artículo 48 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA que infiere que la seguridad social es un derecho fundamental ahora su señoría si bien la cuestión de la corte suprema de justicia indica y su temporalidad para la aplicación del marco jurídico anterior a que regía la prestación a la fecha de su estructuración también es cierto que la corte constitucional como órgano de cierre respecto de las normas y la protección de los derechos fundamentales como el que aquí se explicó atraes de la sentencia SU 446 del 2016 co 50 del 2010 el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y es en ese términos que se solicita su señoría nótese que en la corte constitucional al ser un órgano de cierre es de estricto cumplimiento todo el precedente relacionada a la sentencia unificación sentencia de constitucionalidad y la ratio decidendi de dicha sentencia en este sentido es que hacer de estricto cumplimiento para todos los jueces de la república es que solicitaba se aplicará dicho principio y tener en cuenta la connotación de temporalidad establecida por la corte suprema de justicia como órgano de cierre en la sala laboral de la justicia y es por esto que en ese sentido sus señoría que al hacer el análisis de los argumentos relacionados en el escrito de la demanda conforme a las pruebas documentales y cotejadas con la ley 100 de 1993 artículo 39 se denota que el aquí demandante si reunía las semanas necesarias para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa también teniendo en cuenta lo manifestado por la constitución política artículo 53 respecto de dicho principio y es en estos términos su señoría que se solicita se conceda el recurso de apelación ante el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral para que analice el escrito de la demanda las pretensiones y el recurso en el sentido de aplicar el principio de la condición más beneficiosa en los términos establecidos por la corte constitucional en la sentencia su 416 en la que permite hacer la posibilidad de la aplicación y la búsqueda histórica en un marco jurídico aplicable a la normatividad solicitada y en igual sentido su señoría es claro en la relación a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa conforme a las reglas establecidas en la sentencia su 556 del 2019 su señoría que el aquí demandante cumple con los criterios y la procedencia del test de razonabilidad que ajusto para poder aplicar también la sentencia su 442 del 2016 pues estamos en precedía de que aquí el demandando reúne las semanas cotizo antes del 2003 también que debido a su invalidez debido a un accidente de tránsito no pudo seguir realizando sus actividades y las condiciones económicas en las que se encuentra debido a su invalidez por lo tanto solicito se conceda el recurso de apelación ante el superior y se analicen los argumentos debatidos en el presente recurso su señoría.”

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que SEGUROS BOLÍVAR, el 19 de julio de 2018, calificó al demandante con una pérdida de capacidad laboral del 67,70%, con fecha de estructuración el 27 de enero de 2008 (página 359 a 365 archivo 01 trámite de primera instancia).

El Tribunal debe definir: (i) si se cumplen los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez del actor; y, en caso de prosperar lo anterior, (ii) la fecha a partir de la cual procede el pago del retroactivo pensional, si hay lugar al pago de intereses moratorios o, en subsidio, a ordenar la indexación.

(i) PENSIÓN DE INVALIDEZ. Para definir si se causó o no la pensión reclamada, debe señalar el Tribunal que las normas que puede aplicar el juez para asignar un derecho son las que se encuentran vigentes cuando se cumplen los supuestos fácticos que dispone el ordenamiento jurídico para que dicho derecho se cause, bien sea por aplicación directa o porque las normas fueron preservadas expresamente mediante un régimen de transición.

Con este criterio hermenéutico y dada la fecha de estructuración de la invalidez del actor, la norma que regula el derecho reclamado en este expediente es el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. A tenor de lo dispuesto en dicha norma la pensión de invalidez se causa en favor del asegurado que ha efectuado aportes durante por lo menos 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez.

Una vez revisado el expediente el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la AFP COLFONDOS de las pretensiones incoadas en la demanda, pues no se demostró el cumplimiento de tales requisitos. El estado de invalidez del actor se estructuró el 27 de enero de 2008 (página 359

a 365 archivo 01 trámite de primera instancia) y dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a dicha fecha el demandante cotizó 41,57 semanas según las pruebas documentales allegadas al expediente (archivo 01 folios 50 y 51).

Debe advertir el magistrado ponente, que la aplicación del acuerdo 049 de 1990 para pensiones de sobrevivencia cabe pese a que la muerte del causante haya ocurrido en vigencia de normas posteriores, por la remisión expresa que hace el artículo 25 y el contenido del artículo 26 de tal normatividad². Dicho análisis no cabe en pensiones de invalidez, pues para que éstas (invalidez) se causen, las normas exigen además de unas semanas determinadas de cotización que ocurra una condición *suspensiva* adicional: la pérdida de capacidad laboral superior al 50%. Por ello en pensiones de invalidez la sola acumulación de tiempos de cotización al amparo de normas anteriores no consolida el derecho en cabeza del afiliado, y por ende las modificaciones normativas son plenamente aplicables, mientras no se haya estructurado la invalidez.

Tampoco se causaría la prestación por aplicación de la teoría de la *condición más beneficiosa*, aceptada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como fuente formal de algunos derechos pensionales³, pues acorde con dicho criterio, la norma inmediatamente anterior que se podría aplicar al demandante sería la Ley 100 de 1993 bajo cuyas reglas tampoco procedería al pago de la prestación. Si bien el demandante prestó el servicio militar entre el 26 de junio de 2002 y el 5 de abril de 2004, no se encontraba cotizando para el momento

² Acuerdo 049 de 1990: "ARTÍCULO 25. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMÚN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos: a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común (...). ARTÍCULO 26. CAUSACIÓN Y PERCEPCIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente Reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado."

³ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2057-2022 Rad. 91356 del 24 de mayo de 2022, M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ.

del tránsito legislativo -26 de diciembre de 2003- ni contaba con 26 semanas o más de cotización dentro del año inmediatamente anterior (entre el 26 de diciembre de 2002 y 26 de diciembre de 2003). Su vinculación al sistema general de pensiones inició en octubre de 2006⁴.

Por el resultado impróspero de la pretensión principal, no hay lugar al reconocimiento de retroactivo alguno y, en consecuencia, tampoco derecho al pago de intereses moratorios o indexación.

Sin condena en costas de la apelación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2358-2017 Rad. 44596 del 25 de enero de 2017, MM.PP. FERNANDO CASTILLO CADENA y JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN: “Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente será beneficiario de la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa. La sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, al afiliado no lo ampara dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002, no posee una situación jurídica concreta.”

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 24 2022 00070 01
Juan Mendoza Rodríguez contra Colpensiones y otro.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JUAN MENDOZA RODRÍGUEZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 27 de junio de 2023 por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JUAN MENDOZA RODRÍGUEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de su afiliación a la AFP PORVENIR en el mes de noviembre de 1998, por existir falta de información y buen consejo. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR retornarlo a COLPENSIONES junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de la aseguradora, gastos de administración, frutos, intereses y rendimientos; y a

EXP. 24 2022 00070 01
Juan Mendoza Rodríguez contra Colpensiones y otro.

COLPENSIONES a recibirlo y mantenerlo en el régimen de prima media, sin solución de continuidad (ver demanda folios 5 a 20, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas contestaron la demanda a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones declarativas y condenatorias. Afirma que el demandante suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria ante el RAIS, por lo que dicha vinculación es válida. Indica que el traslado se hizo previa la información suministrada por la AFP y que no obra prueba alguna tendiente a demostrar algún vicio del consentimiento al momento de celebrarse dicho acto. Advierte que esa entidad no tuvo nada que ver con el negocio jurídico suscrito entre el demandante y el fondo privado razón por la cual no puede resultar afectada. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (ver contestación folios 2 a 26, archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).*

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. también se opuso a las pretensiones, con fundamento en que el traslado efectuado por el demandante el 27 de noviembre de 1998 con esa AFP fue producto de una decisión libre tras haber recibido una información clara, precisa, veraz y suficiente en una asesoría en la que se expresa el funcionamiento, características y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, las implicaciones de su traslado y los

EXP. 24 2022 00070 01
Juan Mendoza Rodríguez contra Colpensiones y otro.

requisitos para pensionarse bajo ese régimen de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, tal como consta en el formulario de afiliación, documento que se presume auténtico. Asegura que se garantizó el derecho al retracto mediante comunicado de prensa en el diario el tiempo donde informó las posibilidades que tenían los afiliados de trasladarse entre regímenes y las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Advierte que el demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 que le impide trasladarse de régimen. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (ver contestación folios 2 a 24 del archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de junio de 2023, mediante la cual la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR no cumplió con el deber de información, caracterizado por la entrega de elementos suficientes y necesarios sobre las características, modalidades, desventajas y la forma como se calcula el monto de la pensión, que permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en la afiliación del señor JUAN MENDOZA RODRÍGUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR, efectuada el 27 de noviembre de 1998 mediante la suscripción del formulario de vinculación. Lo anterior de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales, el señor JUAN MENDOZA RODRÍGUEZ nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad contrario a ello, siempre estuvo en el régimen de prima media con prestación definida. TERCERO: ORDENAR a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR a trasladar a la administradora colombiana de*

EXP. 24 2022 00070 01
Juan Mendoza Rodríguez contra Colpensiones y otro.

pensiones COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos, aportes al Fondo de Garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida. Además de lo anterior, debe indicarse que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifique, lo anterior de conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL -164 /2023. CUARTO: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES a recibir al señor JUAN MENDOZA RODRÍGUEZ como su afiliado, actualizar y corregir la historia laboral una vez le sean trasladados los dineros por parte de PORVENIR. QUINTO: SIN CONDENAS en costas. SEXTO: DECLARAR no probados los hechos, sustento de las excepciones propuestas conforme a lo motivado. SÉPTIMO: En el evento que la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES no interponga recurso apelación en contra esta sentencia remítase el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de distrito judicial Bogotá para que se surta el grado de consulta a su favor lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 código procesal del trabajo y la Seguridad Social” (Audiencia virtual, récord 01:18:15 archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, solicita que se revoque la condena de la indexación sobre los rendimientos, bonos pensionales y las primas previsionales de invalidez y sobrevivencia. Afirma que la indexación es una figura que aplica ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda lo que en este caso no se dio por la buena administración de los aportes y la generación de rendimientos¹ (Audiencia virtual, récord 1:20:34 archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Su señoría me permitió presentar recurso de apelación frente al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral en lo concerniente a la condena de la indexación de los rendimientos, de los bonos y lo concerniente a las provisiones de vejez y sobrevivencia, teniendo en cuenta que pues las mismas no hay lugar a que sean indemnizados por la razón de que estos mismos pues no fueron administrados y manejados bajo la cuenta de ahorro individual del fondo pero pues la indexación es una figura que aplica la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y

EXP. 24 2022 00070 01
Juan Mendoza Rodríguez contra Colpensiones y otro.

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Indica que es un tercero en el proceso y en la suscripción del formulario de afiliación y, en todo caso, la presunta omisión del deber de información por parte del fondo privado no quedó debidamente demostrada, por lo que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Porvenir. Señala que el demandante como abogado y consumidor financiero tenía el deber de informarse de la mejor manera para definir su futuro pensional. Advierte que no puede subsanarse la negligencia o el descuido del demandante de caer en la prohibición de traslado² (Audiencia virtual, récord 1:21:46 archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos

en este caso, pues no sucedió así su Señoría, el capital o los aportes de cotización de Seguridad Social en este caso de pensiones, era el señor Juan, pues tuvo una buena administración por lo cual solicitó su señoría no se acceda a esta condena. Muchas gracias.”

² *“Estando en la oportunidad procesal pertinente, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de emitir para que sea revocada por la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el cual me permitió sustentar. Honorable Tribunal solicitó pues revocar en su totalidad la sentencia de primer grado que declara la ineficacia de la afiliación del demandante Juan Mendoza Rodríguez con Porvenir S.A para 1998, teniendo en cuenta que mi representada Colpensiones quien en este proceso y en la suscripción del formulario de afiliación funge como tercero de buena fe, no tuvo ninguna injerencia en la voluntad del demandante de trasladarse de régimen pensional, la presunta omisión de información o incumplimiento del deber de información por parte del fondo privado de pensiones no quedó debidamente demostrado dentro del proceso. El demandante se encuentra a la fecha válidamente afiliado a Porvenir S.A por lo tanto que solicitó al Tribunal tener en cuenta las calidades y las condiciones y características del demandante, teniendo en cuenta que como consumidor financiero y de profesión abogado, también tenía el deber de informarse de la mejor manera para definir el futuro, pensional no debe declararse la ineficacia de esa afiliación, tal como lo dispuso el despacho de primer grado, teniendo en cuenta que el actor pues se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de traslado que limita la libertad de escogencia, por lo tanto, con la presente demanda no podría subsanarse la negligencia, el desinterés o el descuido del actor. Por antes de encontrarse, pues inhabilitado por la ley para retornar, si así lo hubiera querido antes de encontrarse inhabilitado. Por lo tanto, pues solicitó al Tribunal tener en cuenta que la carga dinámica o inversión de la prueba no debe darse de manera total o taxativa para los fondos de pensiones, sino también es importante tener en cuenta, pues, que el demandante tenía todas las herramientas para decidir que su pensión no fuera construida en el régimen privado de pensiones, sino por el contrario, pues trasladarse antes de cumplir los 52 años de edad. Por lo tanto, pues solicito absorber a mi representada de todas las pretensiones incoadas en su contra y la presenté condena en tanto, pues se opone a que se ordene el traslado y el retorno de manera automática a Colpensiones, esto es, salvaguardar el principio de la sostenibilidad financiera del sistema de esta manera su Señoría dejó sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias.”*

EXP. 24 2022 00070 01
Juan Mendoza Rodríguez contra Colpensiones y otro.

regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

EXP. 24 2022 00070 01

Juan Mendoza Rodríguez contra Colpensiones y otro.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 38³ años de edad y había cotizado 499,71⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 5 años 1 mes y 8 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad mínima de pensión (tenía 62 años de edad, folio 21 del archivo 01 y archivo 02 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶, ⁷. Para

³ Nació el 25 de enero de 1960, folio 21, archivo 01.

⁴ Ver historia laboral expedida por le Ministerio de Hacienda, válida para bono pensional folios 123 a 131 archivo 05, expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

⁷ Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".*

EXP. 24 2022 00070 01
Juan Mendoza Rodríguez contra Colpensiones y otro.

la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) y -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a*

EXP. 24 2022 00070 01
Juan Mendoza Rodríguez contra Colpensiones y otro.

la seguridad social" (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según dijo, a su lugar de trabajo llegaron unos funcionarios de PORVENIR quienes le enviaron a través de su secretaria formularios de afiliación para firma, pero no le manifestaron cuáles eran las características, funcionamiento, ventajas, desventajas del RAIS ni las diferencias con el RPM (ver archivo 14 del expediente digital, récord 18:36).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *"saneamiento"* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la

EXP. 24 2022 00070 01
Juan Mendoza Rodríguez contra Colpensiones y otro.

devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución del capital ahorrado junto con los rendimientos, comisiones, gastos de administración y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan, por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

EXP. 24 2022 00070 01
Juan Mendoza Rodríguez contra Colpensiones y otro.

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUJSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE FRANCISCO JAVIER LÓPEZ ARANGO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia dictada el 22 de junio de 2023 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora SHARIK ALEJANDRA MATEUS DÍAZ, identificada con T.P. 403.554, como apoderada sustituta de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido en sustitución por el abogado ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO, abogado inscrito de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., apoderada principal (archivo 05 del expediente digital, trámite de segunda instancia).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FRANCISCO JAVIER LÓPEZ ARANGO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad o ineficacia* de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a PORVENIR el 1 de mayo de 1997, por la omisión de ese fondo de informar con prudencia, pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna adecuada, suficiente y cierta, las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones y, en general las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR S.A. a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones y bonos pensionales junto con los rendimientos que se hubieran causado, y a esta última, a recibirlo como su afiliado y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS. Además, que se ordene a COLPENSIONES reconocer pensión de vejez respetando *su condición de beneficiario del régimen de transición* bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990 (ver demanda, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas la contestaron a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Afirma que resulta improcedente la declaratoria de ineficacia del traslado como quiera que no se demuestra dentro del proceso, con las pruebas allegadas al plenario, la configuración de algún vicio en el consentimiento en el acto de afiliación del demandante, tampoco se advierte la vulneración de su voluntad, la cual, por el contrario, se dio de manera libre y en ejercicio del derecho a la libre de escogencia de régimen pensional previsto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Advierte que se encuentra imposibilitada para recibir al demandante como afiliado toda vez que está inmerso en la prohibición prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones las de *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de*

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

condena en costas y declaratoria de otras excepciones (ver contestación, folios 2 a 15 del archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra. Afirma que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, por cuanto su vinculación se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico y se proporcionó toda la información para que tomara la decisión consciente de afiliarse. Asegura que legalmente no es viable el traslado de régimen solicitado por encontrarse el demandante a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez. Propuso como excepciones de mérito las que denominó: *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; la asesoría brindada fue clara, comprensible y circunscrita a la situación particular del afiliado; el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, configuración de reintegro de prima de seguro previsional, compensación, no es procedente el reconocimiento de pensión de vejez, bajo el RPM, prescripción del porcentaje de los gastos de administración, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, buena fe y genérica (ver contestación folios 2 a 16, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).*

PORVENIR S.A. también se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que el traslado del demandante es completamente válido y no se aportó prueba de la que se pueda deducir que se dio con incumplimiento del deber de información; además, si a lo que se refiere el demandante es a la existencia de un vicio del consentimiento, le correspondía acreditar el error, la fuerza o el dolo. Indica que el demandante suscribió el formulario de manera libre y espontánea luego de recibir la asesoría pertinente de manera verbal por parte de esa administradora, en la que se le suministró información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma vigente al momento en que se materializó el traslado. Presentó en su defensa las excepciones de fondo de prescripción, *prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y buena fe (folios 3 a 36, archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de junio de 2023, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR (antes COLPATRIA) no cumplió con el deber de información, caracterizado por la entrega de elementos suficientes y necesarios sobre las características, modalidades, desventajas y la forma como se calcula el monto de la pensión, que permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante FRANCISCO JAVIER LÓPEZ ARANGO, identificado con cédula de ciudadanía número 19.146.584 del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR a transferir a la administradora de pensiones COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta ahorro individual del demandante junto con rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros, previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de Garantía de Pensión mínima anterior, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR al fondo de pensiones SKANDIA a que transfiera a la administradora de pensiones COLPENSIONES los dineros que descontó de la cuenta de ahorro individual de la demandante que correspondían a gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior, debidamente indexada con cargo a sus propios recursos conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que reciba la transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de esta*

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

providencia. QUINTO: CONDENAR a la administradora de pensiones COLPENSIONES para que reconozca y pague a favor del demandante FRANCISCO JAVIER LÓPEZ ARANGO la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 aplicando para tal efecto el ingreso base de liquidación que le resulte más favorable al demandante y aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 90% del ingreso base de liquidación con 13 mesas al año, junto con el retroactivo pensional al que haya lugar conforme lo expuesto en la parte, motiva de esta providencia. SÉPTIMO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos. OCTAVO: CONDENAR en COSTAS de instancia a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y SKANDIA a razón de un 33.33% a cargo de cada uno, fijándose como agencias en Derecho la suma de \$1.500.000” (Audiencia virtual, récord 41:46 archivo 38 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, afirma que los gastos de administración tienen una destinación legal específica y están previstos para ambos regímenes, por lo que en ninguno de ellos ese rubro se sumaría para el reconocimiento pensional. Además, asegura que no hay lugar a restituir las primas de seguros provisionales pues no se encuentran en su poder y sirvieron para contratar la compañía aseguradora que cubriría las contingencias de invalidez y sobrevivencia. Considera que de confirmarse la sentencia se configurarían un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, y que devolver las sumas indexadas implicaría que por un mismo hecho se impongan dos condenas¹ (Audiencia virtual, récord 44:06 archivo 38 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Muchas gracias su señoría, estando en esta oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir su despacho ante la honorable sala del tribunal superior en relación en este punto, a devolver ciertos valores, lo que son gastos de administración debidamente indexados, he decir en primer lugar, que estos gastos administración tiene una destinación legal específica establecida en la Ley 100 de 1993 y lo segundo es que en ambos regímenes pensionales existe esa obligación de destinar esta parte. de hecho, se revisa la norma tanto Colpensiones como las AFP privadas tienen destinado un porcentaje a este rubro, de manera que, independientemente que el demandante estuviera en otro régimen, el aporte que él realizara no iba a llegar así por completo a dichas arcas esto es así porque estas sumas correspondientes a gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que en este caso cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual el demandante ha mantenido su vinculación en el régimen de ahorro individual con solidaridad, de tal suerte que estas sumas han sido debidamente invertidas en la forma exigida por la ley no se encuentran ya en poder de la demanda, pues han sido destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de esos recursos aportados a la cuenta individual del demandante. Asimismo, en este

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS pide se revoque la orden de retornar gastos de administración y primas de seguros provisionales indexados, porque desde el año 2005 no cuenta con recurso alguno del demandante, ello no fue pedido en esos términos en la demanda, y no es procedente dicha condena pues no participó ni intervino en el acto jurídico de traslado. En todo caso, advierte que dio a tales dineros la destinación específica que y no los tiene ni los puede devolver indexados porque la pérdida del poder adquisitivo se compensa con los rendimientos generados² (Audiencia virtual, récord 46:36 archivo 38 del expediente digital, trámite de primera instancia).

mismo orden de ideas, tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de seguros provisionales por cuánto tampoco se encuentran en su poder, sino en la compañía aseguradora que contrató para la cobertura del pago de esas sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requieran teniendo en cuenta que no sería viable que se restituyan estas sumas que sirvieron para que esa cobertura se presentara con mayor razón si no cumpliría ningún objetivo en el régimen de prima media en el cual tampoco existe la necesidad de contratar seguros provisionales para los fines que sí están previstos en el régimen de ahorro individual, con solidaridad de manera que en caso de confirmarse esta sentencia, estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante, en la medida que se estén aplicando las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de la ineficacia del acto jurídico, siendo necesario reiterar que estas sumas descontadas por mi representada, fueron invertidas para el mantenimiento de las cotizaciones de la parte demandante y el incremento de las mismas, de manera que se reitera que al imponer esta sanción, devolver los indexados implicaría que por un mismo hecho se impongan dos condenas. teniendo en cuenta ya la orden efectiva del despacho de devolver igualmente los rendimientos, de manera que en estos términos dejó sustentado mi recurso de apelación, solicitando de respetuosamente al despacho si considera el mismo, en efecto suspensivo, para que el tribunal estudie su posterior al mencionado, muchas gracias”.

² *“Su señoría de manera respetuosa el fallo que acaba preferir identificadas las partes presentó y sustento, parcialmente el recurso de apelación especialmente el numeral tercero de la sentencia referida a que mi representada deba trasladar gastos de administración, primas de seguros provisionales y esos valores devolverlos de manera indexada, frente a lo cual su señoría argumento mi recurso en los siguientes términos, como bien señaló desde el mismo escrito de la contestación a la demanda, mi representada desde el año 2005 no cuenta con recurso alguno a cargo del demandante, bien se acreditó con el certificado de traslado de recursos donde se pudo evidenciar y acreditar en el presente proceso que el 18 de octubre del año 2005 trasladó los aportes realizados por concepto de cotización obligatoria por parte del señor francisco Javier hacia horizonte y desde esta fecha, es decir, 2005 al día de hoy, la cuenta se encuentra inactiva y en cero por ende, señoría, teniendo en cuenta que Skandia cumplió a cabalidad ya desde esta época, trasladando todos los recursos que por ley debía trasladar y que hoy día se están exigiendo a pesar su señoría honorables magistrado de que en el escrito de la demanda, como se puede observar, ni de los hechos de la demanda, ni menos aún las pretensiones de la demanda, tanto las principales como las subsidiarias, existe una condena o una solicitud o una pretensión dirigida contra Skandia y especialmente dirigida los referidos gastos de administración, primas de seguros y aún más que sea de manera indexada, por ende, honorables magistrados teniendo en consideración que considera la suscrita que hay una violación al derecho de defensa y contradicción a Skandia dado que en el caso particular y concreto no existe una solicitud de una petición a la cual debe estar delimitado la sentencia de primera instancia y no ampliar sus efectos o en última instancia, aplicar el principio del extra o ultra petita y en ese orden de ideas al considerar que no fue solicitado desde el momento de la demanda, no es procedente que en sentencia se condene a mi representada a devolver los rubros sobre un contrato que tuvo una finalización desde el año 2005, es decir, más de 10 años, ha finalizado. esta relación contractual con las partes. Ahora bien, señoría, teniendo en cuenta, además de lo señalado anteriormente, que no estaban solicitadas desde el escrito de la demanda, tampoco es procedente*

EXP. 26 2021 00522 01

Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

COLPENSIONES indica que, en los términos del artículo 167 del C.G.P., le correspondía al demandante acreditar los vicios del consentimiento, que las consecuencias del traslado de régimen las define la ley, y que cualquier duda interpretativa de las normas constituye un error de derecho que no vicia el consentimiento. Solicita se revoque la condena en costas porque ello genera detrimento patrimonial³ (Audiencia virtual, récord 52:06 archivo 38 del expediente digital, trámite de primera instancia).

la devolución de estos gastos de administración dado que mi representada no participó ni intervino en el acto jurídico de traslado de régimen de la demandante seguidamente no está contemplado entre los parámetros legales, es decir, las normas que regulan de manera taxativa y específica cuáles son esos emolumentos que deben trasladarse, como cuando opere como en el presente caso, un traslado de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones. encontramos que el Decreto 3925 del año 2008, artículo séptimo, ha contemplado que solo debe recaer frente a los aportes realizados en la respectiva cuenta de ahorro individual y el fondo de garantía de pensión mínima en consecuencia de incumplimiento en dicha ley fue que precisamente es Skandia en el año 2005, trasladó los recursos que debían hacerse en su oportunidad. ahora bien, dicha norma o dicho Decreto del año 2008 guarda una relación armónica con la disposición de la Ley 100 del año 93, dado que esta ley le ha dado una destinación específica concreta a ese 3% de gastos de administración, de una parte, fueron utilizados para la correcta y eficiente, sobre todo administración de la cuenta individual del demandante y por otra parte se pagaron oportunamente las primas para cubrir las posibles contingencias de invalidez y muerte. en consecuencia, ni los gastos ni aún menos la prima que además están en poder de la aseguradora y no es Skandia son conceptos que no cuenta la entidad que yo represento en consecuencia honorables magistrados para poder cumplir la sentencia en los términos aquí indicados, pues tiene que cubrir con su propio presupuesto con su propio pecunio, el cumplimiento de esa sentencia, generando así un perjuicio económico, fiscal y financiero, no solamente es Skandia como tal, sino al régimen de ahorro individual que yo estoy representando en esa instancia aún más y más lesivo aún, considera de manera muy respetuosa el fallo proferido en primera instancia contra mi representada al ordenar una indexación, indexación que no hay lugar por los siguientes criterios, primero, como ya señaló, no fue solicitado en la demanda, segundo son conceptos y rubros que no están contemplados en la ley, tercero debe tenerse en consideración que la juez de primera instancia también ordenó la devolución de unos rendimientos y en esos días, considerando que ya hay unos rendimientos, pues de esta manera se estaría compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda y en ese orden de ideas aceptar una indexación y aceptar además una devolución de unos rendimientos, estaría generando una doble sanción por una misma consecuencia jurisprudencial que es la ineficacia y en ese orden de ideas una doble sanción por el mismo hecho, a mi representada y en ese orden de ideas, de manera muy respetuosa honorables magistrados dejó presentado el recurso de apelación sobre los rubros y conceptos que considera la suscrita, que no hay lugar desde el punto de vista fáctico y jurídico, por el cual deba trasladar hacia Colpensiones”.

³ *“Muchas gracias, señora juez, encontrándome dentro de la oportunidad se va a presentar recurso de apelación sobre el fallo proferido el día de hoy en cuanto a las consideraciones expuestas por la señora juez sobre la carga de la prueba, tenemos que el artículo 167 código general del proceso reza el siguiente tenor, “artículo 167, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho, de las normas que consagra el efecto jurídico que ellos persiguen” en este sentido, la honorable tribunal, en varios pronunciamientos, ha puesto de presente este artículo como la sentencia con ponencia del magistrado Carlos Andrés Vargas, el pasado de octubre de 2017, proceso 19 2015 0915 frente a la carga de la prueba en este tipo de procesos, manifestó los vicios de error fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que las alegan y de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo lo anterior, de conformidad con el artículo 167 código general del proceso las partes sea la obligación de probar los supuestos fácticos y que funde sus alegaciones, según el extremo que ocupa en el mismo sentido la sentencia con radicado 07 2015 0822 01 del 25 de octubre 2017, el tribunal superior de Bogotá, con ponencia del magistrado Manuel Serrano Baquero, en la que manifestó los vicios del consentimiento que ella prestó al suscribir el traslado de régimen por estar inducido en dolo estima la sala que nos aportaron las pruebas*

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Sólo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo*

pertinentes y suficientes porque tenía la carga procesal, la parte demandante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del código general del proceso, se debe recordar además frente a los argumentos expuestos en esta audiencia, que las consecuencias de traslado de régimen las define la ley simple y claramente y por ello, cualquier duda interpretativa de las normas constituye un error de derecho que no tenía el alcance para viciar el consentimiento, según lo dispone el artículo 1509 del código civil, menos son para las personas como el mandante que efectúa un traslado positivos en la RAIS en diferentes administradoras de fondos de pensiones conforme la jurisprudencia transitable compite aquí al demandante demostrar los vicios de consentimiento alegado, no bastando para ello la simple afirmación cabe advertir que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en la AFP en mi caso particular en Colpensiones que en los casos que se declaró la nulidad era la más afectable teniendo al sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en el año 97, queriendo decir que han transcurrido más de 25 años a la fecha, configurando imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro o documento de la misma, por lo cual es completamente aplicable en estos casos el principio que reza nadie está obligado a lo imposible luego entonces respondo a la lectura de su pretensión en el hecho versión dañada por los usuarios de la AFP, en los cuales estaba afiliado de conformidad con lo expuesto en el artículo 1516 del código civil y 167 del código general del proceso le correspondía la carga de probar dicha pretensión la cual brilla por su ausencia en el presente caso y de la misma da razón en condenar en costas y agencias en derecho se procede a presentar un detrimento patrimonial al fondo por lo anterior le solicito los honorables magistrados de la sala laboral de Bogotá se revoque la sentencia y se absuelva a mi representada de cada uno de los numerales, muchas gracias, señora juez”

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 47⁴ años de edad y había cotizado 863,43⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 13 años 11 meses y 29 días)⁶ y para la fecha de presentación de la demanda superaba la edad para acceder al derecho pensional (tenía 70 años de edad, folio 65 archivo 01 y archivo 02 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de

⁴ Nació el 28 de septiembre de 1951, folio 65 archivo 01.

⁵ Ver historia laboral expedida por Colpensiones actualizada al 3 de noviembre de 2022, expediente administrativo.

⁶ *Ibidem*.

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{7, 8}. Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma*

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁸ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) y -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues COLPATRIA hoy PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según dijo, entre los múltiples documentos que firmó para la constitución de una empresa de diseño con

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

un amigo suyo, firmó la afiliación a Colpatria, momento en el cual no se encontraba un asesor de esa AFP (ver archivo 25 del expediente digital, récord 09:37).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluidos los rendimientos generados, así como los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional debidamente indexado a cargo de aquella y de SKANDIA (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan, por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dicha entidad en el caso bajo estudio (ver contestación archivo 17).

Finalmente, conociendo igualmente en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal revocará el numeral QUINTO de la sentencia de primera instancia pues no procede el reconocimiento judicial de la pensión en este momento a cargo de COLPENSIONES. Dicha entidad sólo tendrá a cargo la obligación pensional del demandante cuando se haya hecho efectiva la anulación del traslado con la devolución de los aportes que la financiarán. No se puede endilgar a COLPENSIONES responsabilidad alguna en las omisiones que cometieron terceras personas (los fondos de pensiones). Además, solamente cuando se reciban los aportes, se podrá definir si el derecho se causa en favor del demandante, el monto de la mesada que le corresponde, y la fecha de pago de la primera mesada, previa desafiliación del Sistema y conforme a la actualización y consolidación del historial de cotizaciones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y SKANDIA.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral QUINTO de la sentencia de primera instancia.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de

EXP. 26 2021 00522 01
Francisco Javier López Arango contra Colpensiones y otro.

los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

3. CONFIRMARLA en lo demás.

4. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y SKANDIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 27 2019 00559 01
Jeffersond Fabian Peña Neira Vs SVC Comercial S.A.S.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JEFFERSOND FABIAN PEÑA NEIRA CONTRA
SVC COMERCIAL S.A.S.**

Bogotá D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia dictada el 16 de marzo de 2023 por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes y se condenó al pago de los salarios insolutos, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios y vacaciones, sanción moratoria, y la indexación de las vacaciones.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JEFFERSOND FABIAN PEÑA NEIRA presentó demanda contra la sociedad SVC COMERCIAL S.A.S., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con la sociedad SVC COMERCIAL S.A.S. del 16 de enero de 2018 al 6 de marzo de 2019 con salario mensual de \$828.116, y que finalizó por un “*despido indirecto injustificado*”. En consecuencia, pide que se condene a SVC COMERCIAL S.A.S. a pagar por salarios -\$2.759.963-, auxilio a las cesantías -\$4.433.418-, intereses a las cesantías -\$122.071-, primas -\$971.394- y vacaciones -\$458.914-, la indemnización por despido injusto, la indemnización moratoria y la indexación.

Exp. 27 2019 00559 01
Jeffersond Fabian Peña Neira Vs SVC Comercial S.A.S.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que inició labores el 16 de enero de 2018 a través de un contrato verbal de trabajo con la sociedad SVC COMERCIAL S.A.S.- Indica que en el año 2018 como resultado de un proceso de normalización laboral, la demandada le hizo firmar una *proforma* de contrato de trabajo con duración de 6 meses, se suscribieron con posterioridad dos prórrogas el 15 de julio de 2018 y el 15 de julio de 2019 en el cargo de auxiliar contable. Asegura que la empresa durante la relación laboral y hasta el mes de julio de 2018 realizó los pagos quincenales de manera tardía, y que le adeuda \$70.000 de la quincena del 1 al 15 de julio de 2018. Relata que el 30 de julio de 2018 tuvo una caída y se le diagnóstico *fractura de la epífisis inferior del radio* por la cual tuvo incapacidad del 30 de julio al 17 de septiembre de 2018; *del 18 de septiembre al 02 de octubre de 2018 fue incapacitado por lesión con hemartrosis en la rodilla derecha, y del 21 de septiembre de 2018 al 20 de enero de 2019 le fue dada incapacidad por cirugía de meniscos de la rodilla derecha*, incapacidades que presentó a la empleadora por correo certificado y fueron presentadas por el empleador ante la EPS Compensar. La demandada le informó que había iniciado un proceso ante la EPS COMPENSAR para determinar el estado de salud, valoración de la cual se emitió un concepto de pronóstico favorable para rehabilitación por incapacidad prolongada. Se reintegró a sus labores el 22 de enero de 2019. Señala que la relación laboral finalizó el 6 de marzo de 2019 por renuncia del demandante, debido al incumplimiento de su empleador en los pagos salariales y aportes a seguridad social y se le adeudan salarios de julio de 2018 a marzo de 2019, prestaciones sociales, además de la liquidación del contrato laboral. Manifiesta que al momento de su retiro la demandada no emitió carta para el retiro de las cesantías, ni orden para la práctica de exámenes médicos, ni los desprendibles de nómina, razón por la cual el 13 de junio de 2019 presentó derecho de petición ante la empresa, que no ha sido respondido (folios 6 a 25 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante auto proferido el 13 de enero de 2022 el Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso el emplazamiento de SVC COMERCIAL S.A.S.

Exp. 27 2019 00559 01
Jeffersond Fabian Peña Neira Vs SVC Comercial S.A.S.

(ver página 160 archivo 01 del expediente digital), y se designó curadora *ad-litem* que contestó la demanda. Manifestó no constarle ninguno de los hechos y se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que el demandante no ha probado la existencia de un contrato de trabajo, ni el incumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo. En su defensa propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación y prescripción* (folios 719 a 735 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de marzo de 2023, mediante la cual el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes desde el 16 de enero de 2018 al 16 de enero de 2019, y condenó a la demandada al pago de los salarios insolutos y a las prestaciones sociales sanción moratoria y la indexación de las vacaciones. Para tomar su decisión la juez estimó, que las pruebas documentales allegadas al plenario demuestran la actividad personal desarrollada por el demandante en el cargo de auxiliar contable entre el 16 de enero de 2018 y el 16 de enero de 2019 y la demandada no acreditó el pago de las prestaciones sociales, vacaciones, ni la liquidación.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JEFFERSOND FABIAN PEÑA NEIRA como trabajador y la empresa SVC COMERCIAL S.A.S, existió un contrato de trabajo a término fijo que estuvo vigente entre el 16 de enero de 2018 y el 16 de enero de 2019 dentro del cual el demandante se desempeñó como auxiliar contable conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la empresa SVC COMERCIAL S.A.S., a pagar al demandante JEFFERSOND FABIAN PEÑA NEIRA las sumas correspondientes a los siguientes conceptos \$2'759.963 por salario insolutos, \$908.000 por cesantías, \$97.686 por intereses a las cesantías, \$908.000 por prima de servicios y \$407.873 por vacaciones conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la empresa SVC COMERCIAL S.A.S, a pagar al demandante JEFFERSOND*

Exp. 27 2019 00559 01
Jeffersond Fabian Peña Neira Vs SVC Comercial S.A.S.

FABIAN PEÑA NEIRA la suma diaria de \$27.603 desde el 17 de enero de 2019 hasta que se efectúe el pago de salarios y prestaciones sociales adeudadas por concepto de indemnización moratoria conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a la empresa SVC COMERCIAL S.A.S, a pagar al demandante JEFFERSOND FABIAN PEÑA NEIRA la indexación sobre la condena por concepto de vacaciones desde el 17 de enero de 2019 hasta cuando su pago se efectúe conforme lo puesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción formuladas por el curador ad litem de la demandada por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada en la suma de \$8.000.000 como agencia en derecho. SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.” (Audiencia virtual del 16 de marzo de 2023, archivo 15 récord 23:44 expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el curador ad litem de la demandada pide que se revise la condena de salarios insolutos, como quiera que en la demanda se solicitó la suma de \$2.759.963 teniendo como fecha de terminación el 6 de marzo de 2019 y la sentencia estableció como fecha de terminación el 16 de enero de 2019, considera que esa suma no corresponde. También solicita que se revise la condena en costas y agencias en derecho por ser excesiva (Audiencia Virtual, archivo 15 récord 25:59)¹.

¹ “Su señoría escuchando la sentencia me queda duda, frente a esa condena que se hace por salarios adeudados porque pues entendería yo que la liquidación que hace la demandante frente a ese valor de \$ 2.759.900.73 deber estar liquidado hacia la terminación que ellos mismos determinan que es del 06 de marzo de 2019 en la sentencia su merce dice que se tiene como terminación del contrato de trabajo el 16 de enero de 2019 luego esa suma tal vez no correspondería a la que a la que está solicitando en la demanda y la que está consiguiendo su merce en la sentencia entonces en vista de eso pues interpongo recurso de apelación para que se revise esta suma, por otro lado pues también me parece excesiva la condena por costas del proceso entonces también digamos va encaminado mi recurso a que se revise esa suma que se condenó como costas y agencias en derecho en esos términos representó el recurso de apelación su señoría.”

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia en esta instancia los siguientes hechos por estar contenidos en la sentencia y no haber sido objeto de apelación: (i) que entre el demandante y la sociedad SVC COMERCIAL S.A.S existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 16 de enero de 2018 y el 16 de enero de 2019, en el que el demandante desempeñó el cargo de auxiliar contable, (ii) que la asignación salarial del demandante ascendió al salario mínimo mensual legal vigente, y (iii) que la demandada adeuda los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, y la indemnización moratoria sobre los que se dictó condena (aspectos de la decisión de primera instancia que no fueron objeto de apelación).

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso propuesto (artículo 66-A del CPTSS) se centra en establecer: i) el valor que adeuda la demandada por concepto de salarios, y ii) si procede la condena costas.

(i) SALARIOS. Para responder al recurso presentado por el curador ad litem la Sala realizó la liquidación de los salarios adeudados, para lo cual se tuvo en cuenta que se adeudan al demandante los salarios desde julio de 2018, y que en la demanda el trabajador precisó que de la primera quincena del mes de julio de 2018 quedó pendiente de pago la suma de \$70.000. Asimismo, que el demandante reconoció que entre el 29 de julio de 2018 y el 8 de marzo de 2019 la demandada le pagó la suma de \$2.991.228.

Conforme las anteriores precisiones y realizadas las operaciones matemáticas, se obtiene por salarios entre julio de 2018 a enero de 2019 la suma de \$4.891.304, monto del cual se deduce el pago realizado por el empleador, \$2.991.228, lo que arroja un saldo a favor del trabajador de \$1.900.076, suma que resulta inferior a la condena impartida en primera instancia por este concepto (\$2.759.963), que será modificada.

Exp. 27 2019 00559 01
Jeffersond Fabian Peña Neira Vs SVC Comercial S.A.S.

Mensualidad	Salario
jul-18	\$ 460.621
ago-18	\$ 781.242
sep-18	\$ 781.242
oct-18	\$ 781.242
nov-18	\$ 781.242
dic-18	\$ 781.242
ene-19	\$ 524.473
Total	\$ 4.891.304

(ii) COSTAS. Se confirmará la condena en costas a SVC COMERCIAL S.A.S., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

No sobra recordar para responder al argumento de apelación, que las objeciones al valor señalado en la sentencia por agencias en derecho, se debe discutir en el momento que señala el artículo 366 del CGP, y no ahora.

Sin costas en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para establecer la suma de \$1.900.076 por concepto de *salarios insolutos*.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

Exp. 27 2019 00559 01
Jefferson Fabian Peña Neira Vs SVC Comercial S.A.S.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 29 2018 00492 01
Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA ALICIA GIRALDO MONTOYA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., EL SINDICATO NACIONAL DE CHOFERES
DE COLOMBIA Y LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO
PÚBLICO.**

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, la sentencia dictada el 20 de junio de 2023 por el Juez Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se NEGÓ la anulación o declaración de ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y se ABSOLVIÓ al SINDICATO NACIONAL DE CHOFERES DE COLOMBIA del pago de aportes al sistema pensional a favor de la demandante.

ANTECEDENTES

Mediante apoderada, MARTHA ALICIA GIRALDO MONTOYA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

EXP. 29 2018 00492 01

Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad* de su afiliación a PORVENIR y COLFONDOS. Afirma que no existió una decisión informada, autónoma y consiente al no conocer los riesgos y beneficios del traslado de régimen. En consecuencia, pide que se ordena a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES todos sus aportes junto con los rendimientos, y a esta última activar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida. Adicionalmente pide que se condene al SINDICATO NACIONAL DE CHOFERES DE COLOMBIA a pagar los aportes a pensión por los periodos comprendidos entre enero de 1982 y diciembre de 1987 mediante cálculo actuarial, y a COLPENSIONES reconocerle pensión de jubilación *por aportes* a partir de la fecha en que se desafilie del Sistema General de Pensiones (ver demanda folio 53 a 74 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificados los autos admisorios, las demandadas comparecieron a través de apoderados judiciales.

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones. Afirma que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP PORVENIR porque el traslado se realizó con la plena voluntad de la cotizante quien por decisión propia suscribió los formularios. Indica que las causales de nulidad son taxativas y que no se probó error, fuerza o dolo. Señala que la ignorancia de la Ley no es excusa y que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición. En su defensa propuso como excepciones de mérito: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica. (ver contestación folios 81 a 94 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS, se opuso igualmente al éxito de las pretensiones de la demanda. Indica que el traslado de régimen se ocasionó con la afiliación a Horizonte hoy Porvenir por lo que no tuvo ninguna participación en dicho acto. En todo caso, sostiene que no se puede declarar la nulidad de traslado

EXP. 29 2018 00492 01

Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

por cuanto la demandante actualmente se encuentra pensionada bajo la modalidad de retiro programado con esta entidad en razón a la solicitud que elevó el 7 de junio de 2018. Propuso como excepciones previas las de *falta de integración de litisconsortes necesarios y prescripción de la acción para solicitar la nulidad* y como excepciones de fondo *inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, inviabilidad del traslado de régimen pensional, situación pensional consolidada - reconocimiento pensional, compensación y pago*, y la innominada o genérica (ver contestación folios 123 a 163 archivo 01 del expediente digital y subsanación archivo 03, trámite de primera instancia).

PORVENIR se opuso también a la prosperidad de las pretensiones. Afirma que el traslado de la demandante se realizó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones reglamentarias, y que para obtener la declaratoria de nulidad del acto jurídico se debe demostrar que efectivamente la AFP omitió su deber de información para conseguir una vinculación, pero en este caso no se da dicho presupuesto pues la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del RAIS. Asegura que la demandante se trasladó de manera libre, voluntaria y espontánea, sin que mediara coacción o algún vicio del consentimiento, motivo *más que suficiente* para que Colpensiones se abstenga de activar la afiliación. Señala que no se aporta prueba si quiera sumaria que soporte lo pretendido, y que teniendo en cuenta que la actora se trasladó entre administradoras y los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual ya fueron consignados al nuevo fondo, no es dable realizar ninguna devolución de aportes. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo*. (ver contestación folios 242 a 259 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 29 2018 00492 01

Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

Ante la imposibilidad de notificar al SINDICATO NACIONAL DE CHOFERES DE COLOMBIA se le designó curador y se dispuso su emplazamiento (folio 300, archivo 01, trámite de primera instancia). Una vez tomó posesión del cargo, el *curador ad litem* de la organización sindical demandada contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones dirigidas en contra del sindicato por afirmando que no existe certeza de que la ausencia de aportes a pensión a favor de la demandante se hubiera originado en una omisión del empleador y, por ende, no es posible deducir la obligación de pagar el valor del cálculo actuarial correspondiente al periodo en discusión. Adicionalmente, dice, el pago de esta deuda sería imposible de materializar por lo que se clasifica *incobrable o irrecuperable* a la luz del artículo 73 del Decreto 2665 de 1998. Formuló como excepción previa *prescripción extintiva total o parcial de las acciones* y como excepciones de mérito las de *deuda irrecuperable o incobrable y la genérica*. (ver contestación folios 3 a 8 archivo 02 del expediente digital trámite de primera instancia).

Mediante auto del 17 de febrero de 2021, el Juzgado integró como litisconsorte necesario a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (ver archivo 05 trámite de primera instancia del expediente digital).

Enterada de la demanda, la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones afirmando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, de manera que no es válido, ni legal su traslado al régimen de prima media con prestación definida. Sostiene que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 pues tiene 64 años, y que tampoco tendría derecho a un bono pensional tipo A al no cumplir con el mínimo de semanas requeridas para ello. Afirma que es imposible declarar la ineficacia del traslado dada la condición de pensionada por vejez que ostenta la demandante. En su defensa propuso las excepciones de *inexistencia de la*

EXP. 29 2018 00492 01

Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

obligación a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, imposibilidad de decretar la ineficacia de afiliación al RAIS de un pensionado y devolución de las mesadas pensionales pagadas al accionante. (ver contestación folios 2 a 21 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS presentó demanda de reconvencción contra la demandante. Pide que se declare improcedente la nulidad del traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS y posteriormente con esta entidad. Solicita que, en caso de declararse la nulidad de la vinculación y autorizarse el traslado de régimen pensional, se condene a la demandante a reintegrar las sumas que ese fondo le ha cancelado por concepto de mesadas pensionales desde el reconocimiento del derecho hasta la ejecutoria de la sentencia, debidamente indexadas (folios 260 a 263, archivo 01 del expediente digital).

Por auto del 30 de septiembre de 2021 la juez *a quo* admitió la demanda de reconvencción (archivo 15 ibídem)

Como venció en silencio el término de traslado de la demanda de reconvencción otorgado a la demandante, mediante proveído del 10 de febrero de 2023 el Juzgado la tuvo por no contestada (archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de junio de 2023, mediante la cual el Juez Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá, ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas. Para tomar su decisión, explicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia y concluyó que, si bien no se logró establecer una debida y adecuada información al inicio de su vinculación, también resultó probado que la demandante, desde el año 2018, adquirió el estatus pensional y de conformidad con los nuevos lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no era posible acceder al estudio de la declaratoria de ineficacia del traslado, por las

EXP. 29 2018 00492 01

Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

implicaciones que genera esta situación jurídica consolidada. Con relación a los aportes pedidos a cargo del Sindicato, consideró, a partir del análisis de los medios de prueba, que no existía una relación de las fechas que afirma la demandante haber laborado con esa organización sindical y que la certificación aportada no ofrecía credibilidad, motivo por el cual tuvo por no probada la relación laboral.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: NO DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARTHA ALICIA GIRALDO MONTOYA del Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES al régimen de ahorro individual, con solidaridad administrado por la administradora de fondos de pensiones y cesantías, PORVENIR S.A efectuada al 31 de octubre del 94 por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: ABSOLVER a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR y a COLFONDOS S.A pensiones y cesantías y a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas las pretensiones incoadas por la demandante MARTHA ALICIA GIRALDO MONTOYA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: ABSOLVER al SINDICATO DE CHOFERES DE COLOMBIA y de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante MARTHA ALICIA GIRALDO MONTOYA conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción formulada por las demandadas conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. DECLARAR probada la excepción denominada estatus pensional consolidado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEXTO: Dadas las resultas del proceso este despacho se considera relevado del estudio de las demás excepciones propuestas por las demandadas en la contestación de la demanda. SÉPTIMO: CONDENAR a la demandante al pago de las costas del proceso y fijese como agencias en derecho, la suma del equivalente a un salario mínimo legal vigente. OCTAVO: En caso de no*

EXP. 29 2018 00492 01
Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

apelarse la presente sentencia envíese al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta” (Audiencia virtual, récord 1:24:03, archivo 33 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSULTA

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la demandante y no haberse interpuesto recurso de apelación, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del C.P.T. y la S.S. que pasa la Sala a resolver previas las siguientes.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal debe definir (i) si procede la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y (ii) si se probó que entre la demandante y el SINDICATO NACIONAL DE CHOFERES DE COLOMBIA existió un contrato de trabajo de enero de 1982 a diciembre de 1987 y, en consecuencia, si esta última debe pagar aportes a pensión.

(i) INEFICACIA DEL TRASLADO: Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

EXP. 29 2018 00492 01

Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 37¹ años de edad y había cotizado 109,71² semanas, para

¹ Nació el 22 de enero de 1957.

EXP. 29 2018 00492 01

Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año, 4 meses y 13 días)³ y para la fecha de presentación de la demanda había superado la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 61 años de edad- ver folio 07 y 75 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4, 5}. Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado

² Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, folio 29, archivo 08.

³ *Ibidem*.

⁴ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

⁵ Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes"*

EXP. 29 2018 00492 01

Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

Más recientemente esa misma Corporación, en la sentencia SL373-2021, recogió de forma explícita las tesis jurisprudenciales que había expresado con anterioridad frente a pensionados que solicitaban anulación de su traslado, y señaló que NO procede la declaración de ineficacia cuando quien la reclama ya está pensionado en el RAIS. Dijo la Corte para el efecto, que: *“la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...) No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”* (ver SL 373-2021, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el caso bajo estudio y según lo informó la misma demandante en el interrogatorio de parte, y se advierte de las pruebas aportadas por COLFONDOS (folios 166 a 222 del archivo 01 del expediente digital), le fue otorgada pensión de vejez en la modalidad de retiro programado a partir del mes de julio de 2018, en cuantía inicial de \$1.200.000, hecho sobre el cual no se planteó controversia.

Así pues, es claro que la actora ostenta la condición de pensionada.

En consecuencia y acatando el cambio jurisprudencial referido antes -vigente en la fecha de esta sentencia-, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a las demandadas de las pretensiones que persiguen la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, advirtiendo, que en el presente asunto no existen un conflicto sobre la aplicación de normas vigentes, sino de tesis jurisprudenciales elaboradas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, y que el Tribunal está aplicando la actual y vigente en la cual se subsume la situación que plantea la demanda.

EXP. 29 2018 00492 01

Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

(i) CONTRATO DE TRABAJO Y APORTES A PENSIÓN: Para resolver este aspecto son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”, disponen, como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador (realizada por sí mismo), la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario como contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos estos tres elementos -dice el artículo 23- se *entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal*, por virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un *servicio personal* está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*.

Ello trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo pues el artículo 167 del C.G.P. excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. Sin embargo, para que la presunción legal de subordinación opere se requiere la prueba del hecho que la genera: la prestación de un *servicio personal* de quien alega la existencia del contrato de trabajo, en favor de la persona a quien llama al proceso como su empleador.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en cuanto absolvió al SINDICATO

EXP. 29 2018 00492 01

Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

NACIONAL DE CHOFERES DE COLOMBIA, pues la demandante no cumplió con la carga de demostrar de manera *fehaciente* la prestación de un servicio personal en favor de tal organización sindical.

Sobre esta materia -servicios personales- no es prueba válida la certificación *laboral* de fecha 3 de septiembre de 1993 expedida por ORLANDO HERRÁN VARGAS en su condición de *presidente de la junta directiva del SINDICATO NACIONAL DE CHOFERES DE COLOMBIA* (folio 14 archivo 1 del expediente digital, trámite de primera instancia) en la que se hace constar que MARTHA ALICIA GIRALDO MONTOYA desempeño en cargo de *ABOGADA LITIGANTE ÁREA DERECHO PENAL ESPECIALIZACIÓN DELITOS CULPOSOS EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO*, con fecha de ingreso *enero de 1982* y de retiro *diciembre de 1987*, pues a pesar de que se indica que se trata una certificación *laboral* allí no se expresa qué tipo de vinculación tuvo la demandante en dicho interregno, no tiene ningún membrete que corresponda al sindicato, y no es posible establecer el vínculo que tenía con la llamada a juicio la persona que la suscribe. No sobra recordar que los servicios personales son los que presta una persona por sí misma, hecho que no se deduce del documento referido

Además de lo anterior, llama la atención que en el cargo se indique es *abogada litigante*, condición que suele ajustarse a personas que desarrollan la actividad profesional del derecho de manera independiente, y que de acuerdo con la historia laboral expedida por Colpensiones (expediente administrativo) para el año 1986 –en el que presuntamente estaba vigente la relación con el sindicato- laboraba con PRANANDINA LTDA. De ese mismo reporte de semanas cotizadas se extrae que el SINDICATO NACIONAL DE CHOFERES DE COLOMBIA registró novedad de ingreso el 5 de octubre de 1988 y de retiro el 30 de abril de 1989, interregno durante el cual efectuó aportes al sistema a favor de la actora, lapso que resulta muy posterior a las fechas indicadas en la demanda.

EXP. 29 2018 00492 01
Martha Alicia Giraldo Montoya contra Colpensiones y otros.

Además, al armonizar la certificación aportada con los demás medios de convicción los cuales fueron valorados bajo las reglas de la sana crítica por esta Sala, se advierten serias dudas sobre su validez probatoria lo que impide en los términos del artículo 54 A del C.P.T. tenerla como un documento o certificación auténtica, y ningún otro medio de prueba se incorporó a las diligencias en aras de acreditar que entre 1982 y 1987 la demandante hubiera prestado servicios personales a favor del sindicato, para poder aplicar la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T.

SIN COSTAS en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 32 2020 00086 02
Julio Enrique Ballesteros contra Protección S.A.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JULIO ENRIQUE BALLESTEROS CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 17 de abril del 2023 por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que se ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra que perseguían el pago de un excedente de devolución de aportes.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JULIO ENRIQUE BALLESTEROS presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se condene a PROTECCIÓN S.A. a pagar la suma de \$52.447.854 que estima causada en su favor como excedente por devolución de aportes y a realizar el cobro coactivo contra el empleador EDUARDO ESCOBAR conforme al fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso 11001310500320150044600 (ver demanda páginas 4 a 22 y subsanación de demanda páginas 71 a 89 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 32 2020 00086 02
Julio Enrique Ballesteros contra Protección S.A.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que se vinculó con el empleador EDUARDO ESCOBAR mediante contrato verbal el 17 de abril de 1979, vinculó que extendió hasta el 1 de agosto de 2012, cuando fue despedido sin justa causa, Afirma que le fue negada la pensión de vejez por existir mora en el pago de las cotizaciones de los periodos de enero de 1997 a octubre de 2007, y para los años 2010 y 2011. Asegura que tramitó proceso ordinario ante el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá en el que procuró el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, prestación que le fue negada con fundamento en que el capital de la cuenta de ahorro individual ascendía a \$94.000.000, suma que resulta insuficiente para financiar la pensión. Indica que solicitó la devolución de saldos, y solo le fue reconocida la suma de \$41.552.146. Asegura que en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito se tramita una demanda ejecutiva contra EDUARDO ESCOBAR por valor superior a \$40.000.000 adeudados a PROTECCIÓN por sus cotizaciones a pensión (ver demanda folios 61 a 81 y archivo No. 001 del expediente digital).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones, afirmando que realizó la devolución de saldos a la que tiene derecho el demandante y no existe deuda alguna en su cabeza. Asegura que el demandante, al momento de presentar la solicitud para la devolución de saldos, aprobó la historia laboral, y que ha realizado las gestiones correspondientes para obtener el pago de los aportes adeudados por el empleador y no ha logrado su ubicación. Como excepción previa propuso la *de falta de integración al proceso del empleador*, y como excepciones de fondo las de *falta de causa legítima para pedir, inexistencia de la obligación, el hecho de un tercero, cobro de lo no debido, buena fe, pago, compensación, prescripción y la genérica* (ver contestación páginas 3 a 15 archivo No. 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de abril del 2023, mediante la cual el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de la obligación, y absolvió a PROTECCIÓN de todas las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión concluyó, de las pruebas aportadas al proceso, que la demandada

EXP. 32 2020 00086 02
Julio Enrique Ballesteros contra Protección S.A.

realizó la devolución de los saldos que había en la cuenta de ahorro individual del demandante, pues pese a las acciones de cobro de aportes en mora, no le ha sido posible a la AFP obtener el pago.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación formulada por la demandada, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante JULIO ENRIQUE BALLESTEROS. TERCERO. CONDENAR en costas al demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000. CUARTO. En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable al demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”* (Audiencia virtual, récord 57:35, archivo No. 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada del demandante afirma que en el proceso adelantado ante el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá se probó que el demandante tenía en su cuenta la suma de \$94.000.000 y le fueron devueltos \$41.552.146, a pesar de haberse indicado que para el año 2018 la suma pendiente era de \$48.683.678 más rendimientos. Aduce que, según la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, PROTECCIÓN tiene a cargo el cobro coactivo de los aportes adeudados por el empleador¹ (Audiencia virtual, récord 58:32, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *Gracias señor Juez me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir su despacho para que ante el Tribunal de Bogotá Sala Laboral se revoque todos y cada uno de sus apartes y por el contrario se acojan las pretensiones incoadas con el libelo demandatorio y la sustento de la siguiente manera: Hay que tener en cuenta que si bien es cierto y como se manifestó en el fallo que usted acaba de proferir señor juez tenemos un proceso en el juzgado tercero donde se vinculó a ING y al señor Eduardo Escobar, el juzgado tercero con el radicado 2015 446 que si bien es cierto y como usted manifiesta se condenó o está en el trámite aún a que el señor Eduardo Escobar hiciera la cancelación y que según el dicho y está en los hechos lo hicimos nosotros claro teníamos la obligación de hacerlo porque él sabía que el señor Eduardo Escobar se encontraba en Mora ahora bien hay unas cifras que de acuerdo al fallo que se mencionó en este momento donde se dice que al 5 de septiembre del 2018 había un capital aproximado de 36.916,041 al señor Julio Enrique Ballesteros le hicieron una devolución de \$41.250.000 y se manifiesta también por parte del despacho que*

EXP. 32 2020 00086 02
Julio Enrique Ballesteros contra Protección S.A.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

a julio 18 había un valor del año 2018 de \$48.683.678 manifestado por Protección más rendimientos si así fuera en gracias de discusión y tal y como lo dice el Señor Juez que no se probó que hubiese existido los \$94.000.000 aun cuando el juzgado del proceso que se adelantó en el juzgado 37 laboral del circuito estaba probado que existían más de \$94.000.000 por el saldo reconocidos al Señor Julio Enrique Ballesteros y que en su momento solo le devolvieron \$ 41,552.146 es la primera inconsistencia \$48.683.678 más rendimientos al 2018 cuando Solamente le devolvieron \$41.552.146 también hay que tener en cuenta que no se ajusta a derecho la actuación de la demandada que habiendo reconocido ya como lo dije el juzgado 37 laboral y que está la documental que aportará esta apoderada con el escrito inicial de demanda que el demandante poseía un ahorro superior a los 90 millones de pesos al momento de realizar la devolución de saldos proceda a desconocer esa suma y a entregar un valor inferior a la mitad de esa suma también hay que tener en cuenta que se observa que existe sentencia del juzgado tercero laboral del circuito dentro de la cual se condena al empleador a pagar los aportes dejados de pagar a Protección no solamente hacer un cálculo actuarial en su momento ING por concepto de cotizaciones a pensión siendo obligación no de mi poderdante sino de protección el realizar el cobro coactivo por las sumas del juzgado condena a Eduardo Escobar a pagarle al demandante también hay que tener en cuenta que la mora patronal no constituye un argumento válido que permita a un fondo o administradora de pensiones fundamentar la negativa del reconocimiento de la pensión de vejez de un afiliado así lo precisó la corte constitucional en una sentencia de tutela la que yo leí cuando manifesté mis alegatos de conclusión lo anterior luego de afirmar que frente a los efectos que puedan derivarse de la mora o falta de pago de los aportes al régimen pensional de trabajadores dependientes les corresponde a las administradoras de pensiones activar los instrumentos jurídicos dispuestos para asegurar que se consignen efectivamente y claro con la documental que se envió por parte de la entidad aquí demandada se avizoran algunos cobros y algunos pagos efectivamente realizados por el señor Eduardo Escobar pero no son suficientes adicionalmente para que se revise puntual el tema del cobro coactivo fue tardío y que si bien es cierto se solicitó por parte de mi poderdante documental demanda que quedó radicada en el juzgado tercero laboral del circuito no le correspondía a él dicha solicitud y aun así tratando de poder llegar a un feliz término y que fuera un reconocimiento de la pensión de vejez para el Señor Ballesteros se hizo la solicitud teniendo en cuenta también que en su momento la entidad negó dicha solicitud el 15 de febrero 2018 a lo que se presume habían \$48.683.678 para esa fecha también había un capital adeudado pues que no se le ha cobrado al señor Eduardo Escobar y que es obvio y que figura dentro de las condenas y dentro de todo el expediente que se tramitó en el juzgado 37 laboral está aprobado ósea la carga de la prueba está apoderada si cumplió con esta carga de la prueba al anexar la documental del juzgado 37 laboral del circuito donde se reconoció que el demandante tenía a su favor un saldo superior a \$94.000.000 que aun así no alcanzaba para pensionar al Señor Ballesteros protección y ya como no puedo cansarme de manifestar que era la identidad obligada a realizar el cobro ejecutivo por las sumas que debía pagar el señor Eduardo Escobar de acuerdo a lo dispuesto en la sentencia del juzgado tercero laboral del circuito de Bogotá al no devolverle al demandante la totalidad de los aportes perdón que la demandada reconoció que existían a su favor se generó el hecho nuevo que por eso se presentó esta demanda a devolverle la totalidad de los aportes reconocidos y no meramente 41 millones algo que fue lo que se hizo en su momento por parte de Protección se evidencia y está probado claramente con todo los documentos que se anexaron incluso con las pruebas que aportó hace unos días cuando el juzgado requiriera como prueba de oficio a la aquí demandada se prueba también que no se hizo el respectivo cobro que hay unos cobros que sí otras veces no se hace el cobro entonces pues desafortunadamente lo que el señor Julio Ballesteros ha podido hacer se hizo en el juzgado tercero laboral luego en el juzgado 37 laboral donde la suscrita ha sido la apoderada pero tenemos pendiente la devolución de unos pagos incluidos los intereses saldos que se corroboraron por el juzgado 37 laboral del circuito y que están en el expediente que se anexó y que fueron reconocidos por la entidad aquí demandada también para que se tenga en cuenta la cifra que se dice \$48.683.678 más rendimientos dónde están esos rendimientos y porque solamente devolvieron 41 millones. Solicito primero al señor juez se me conceda el recurso de apelación y al tribunal de Bogotá sala laboral que se revoque en todos y cada uno de sus apartes el fallo proferido por primera instancia Gracias Señor Juez.

EXP. 32 2020 00086 02
Julio Enrique Ballesteros contra Protección S.A.

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que mediante sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá dentro del radicado 11001310500320120051900, se declaró la existencia de la relación laboral entre el demandante y EDUARDO ESCOBAR en el periodo comprendido del 1 de febrero de 1995 y el 24 de enero de 2011, y se condenó a dicho empleador a pagar, mediante cálculo actuarial, los aportes dejados de sufragar de los periodos 011997 a 072007, 122007, 062008 a 122008, 032009, 102009, 122009 y 112010; (ii) que mediante la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del radicado 11001310503720190017400, se absolvió a PROTECCIÓN de las pretensiones relacionadas con el pago de pensión al demandante; (iii) que PROTECCIÓN pagó como devolución de saldos al demandante la suma de \$41.552.146 (ver páginas 36 a 44 archivo 01).

El Tribunal debe definir si el demandante tiene derecho a que PROTECCIÓN pague, como devolución de saldos de su cuenta de ahorro individual, el valor de los aportes que no pagó o depositó su empleador.

Para resolver lo que corresponde, los artículos 64, 65 y 66 de la Ley 100 de 1993 establecen para los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el derecho a pensionarse en cualquier edad siempre y cuando tengan acumulado en su cuenta un capital que les permita obtener una pensión superior al 110% del SMLMV. Disponen además como derecho del afiliado que no haya acumulado el capital necesario para financiar la pensión o que no cumpla los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima, el *“derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”*.

De otro lado se debe señalar que nuestro ordenamiento jurídico asigna a las administradoras de pensiones la responsabilidad de obtener el pago de los aportes patronales de aquellos trabajadores frente a quienes haya aceptado

EXP. 32 2020 00086 02
Julio Enrique Ballesteros contra Protección S.A.

la vinculación como afiliados con las acciones pertinentes (artículo 24 de la Ley 100 de 1993, artículo 5º del decreto 2633 de 1994²).

Si tales acciones no se cumplen -ha dicho la jurisprudencia reiteradamente³- las administradoras responden por todos los efectos pensionales que de esas sumas de dinero no recaudadas oportunamente se puedan derivar en beneficio de los afiliado, entre ellas la devolución de aportes (en el RAIS) o el pago de la indemnización sustitutivas de pensión en el RPM. No sobra recordar que nuestro ordenamiento jurídico asigna dicha la responsabilidad incluso por los incumplimientos con *culpa leve* (el artículo 4 del Decreto 656 de 1994⁴). Sobre esta materia la sentencia SL2163-2022 señaló: *“A efectos de absolver el problema jurídico planteado, conviene reiterar lo dicho por la Sala de Casación Laboral sobre la obligación de las entidades administradoras de cobrar los aportes en mora. En este punto el precedente ha sido muy claro en señalar que existe dicha obligación por cuanto son entidades que administran los recursos pensionales de sus afiliados, esto conforme a la habilitación dada constitucionalmente al gobierno de delegar la prestación del servicio público de la seguridad social en entidades tanto públicas como privadas (CSJ SL 5665-2021). Y, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 656 de 1994 por ser prestadoras de un servicio público esencial, las entidades tienen una diligencia superior a la de cualquier otra actividad, de manera que, el regulador*

² *“Del cobro por vía ordinaria. En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades Administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que esta disponga, con carácter general; sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes.*

Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993”

³ CSJ SL 2074-2020. *“(…) en los eventos de mora del empleador, las administradores de pensiones deben adelantar las gestiones de cobro, a fin de obtener el debido recaudo de las cotizaciones, de modo que, de omitirse esta obligación, responderán por el pago de la prestación, lo que indica que si estas se realizan aun de forma extemporánea, deben tenerse en cuenta para el pago de la prestación deprecada”*

⁴ ARTICULO 4. En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.

EXP. 32 2020 00086 02
Julio Enrique Ballesteros contra Protección S.A.

determinó que debían desarrollar sus funciones de manera eficiente, eficaz y oportuna, y su responsabilidad, ante su inobservancia, los hace responsables de los perjuicios que se le puedan causar a sus afiliados. Y no puede trasladar las consecuencias al trabajador (CSJ SL 51513-2020 y SL 5665-2020)."

Puestas así las cosas, la omisión del empleador en el pago oportuno de los aportes no se podrá cargar al afiliado para desconocer sus derechos pensionales, cuando se demuestra en el proceso (i) que existía un vínculo laboral y vínculo de afiliación con el Fondo pensional, (ii) mora del empleador en el pago de cotizaciones, y (iii) culpa (incluso leve) del Fondo de pensiones en obtener el pago de los aportes la que se presume cuando existe afiliación vigente del trabajador al Sistema de pensiones^{5, 6}.

Con estas premisas normativas y jurisprudenciales, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia para, en su lugar, ordenar la devolución al demandante de \$67.424.947, que corresponde a los aportes de los periodos en mora 199701 a 199806 y 199905 a 200710, con corte a marzo de 2023 según el estado de deuda por no pago allegado por PROTECCIÓN, pues respecto de tales periodos la AFP demandada no acreditó haber adelantado las gestiones de cobro de manera oportuna, pese existir afiliación del trabajador y conocer de la existencia de la relación laboral (ver páginas 7 a 43 archivo 25).

Sobre esto último y en lo atinente al empleador EDUARDO ESCOBAR se allegó al proceso: (i) la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá dentro del radicado 11001310500320120051900 en la que se declaró la existencia de la relación laboral entre el 1 de febrero de 1995 y el 24 de enero de 2011; (ii) el formulario de afiliación del demandante en como trabajador con la AFP DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) de fecha 24 de mayo de 1996 (ver página 206 del archivo 01); (iii) la historia laboral del demandante generada por PROTECCIÓN, de fecha 8 de noviembre de 2021, en la que se registran aportes para los periodos 199701, 199807 a 199905, 199911,

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4296-2022 del 30 de noviembre de 2022, M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR.

⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4282-2022 del 9 de noviembre de 2022, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

EXP. 32 2020 00086 02
Julio Enrique Ballesteros contra Protección S.A.

200104 a 200204, 200707 a 201310 (ver páginas 64 a 70 del archivo 09), (iv) el extracto del fondo de pensiones obligatorias del periodo enero a marzo de 2013 que registra como fecha de afiliación 1 de febrero de 1995, y aportes en mora del empleador en los periodos 200712, 200806 a 200812, 200903, 200910, 200912 y 201011 (ver páginas 154 a 159 archivo 01), y (v) el estado de deuda real con corte a 30 de marzo de 2023 por los periodos 199701 a 199806, 199905 a 200710, 201311 a 201410 y 201411 a 201507, que ratifica el conocimiento del fondo de pensiones de la relación laboral y de la mora del empleador en el pago de los aportes.

No sobra señalar que en los periodos referidos no se registró novedad de retiro del sistema, de lo cual se debe presumir que, tras la afiliación a seguridad social en pensiones efectuada por EDUARDO ESCOBAR en febrero de 1995, el vínculo de como administradora de sus recursos pensionales continuó hasta el 1 de agosto del año 2012 cuando terminó la relación de trabajo. En consecuencia, hubo falta de diligencia de la entidad de seguridad social en adelantar las acciones de cobro de los aportes de los periodos 199701 a 199806 y 199905 a 200710, según el estado de deuda real con corte a 30 de marzo de 2023, y por ello debe responder por el ajuste de los saldos que le fueron devueltos al demandante incluyendo los periodos no pagados por el empleador.

Sobre la culpa de la demandada en el cobro oportuno de tales aportes se debe señalar que conocía de la afiliación del demandante desde el 1 de febrero de 1995 y al plenario solo se acreditaron diligencias de cobro y requerimientos de pago a partir del año 2008. La liquidación certificada de la deuda se creó el 19 de agosto de 2008 (ver página 213 archivo 01) y los requerimientos se adelantaron el 25 de agosto de 2008 (ver página 214 archivo 01) y el 13 de agosto de 2010 (ver página 216 archivo 01). Obra además la certificación de fecha 17 de febrero de 2012 en la que ING PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PROTECCIÓN) afirma que JULIO ENRIQUE BALLESTEROS se encuentra afiliado a ese fondo desde el 1 de febrero de 1995, y que en su sistema se encuentran registradas relaciones laborales con el empleador EDUARDO ESCOBAR del 19950201 a 19950201, 19970102 sin retiro, y del 200721101 a 20071130 (ver página 217 archivo 01), admitiendo que: *“Actualmente la empresa EDUARDO ESCOBAR presenta deuda presunta por los periodos*

EXP. 32 2020 00086 02
Julio Enrique Ballesteros contra Protección S.A.

Enero de 1997 hasta Julio de 2007 y presenta deuda errónea para los periodos Diciembre de 2007, Junio de 2008 hasta Septiembre de 2008, Noviembre de 2008, Diciembre de 2008, Marzo de 2009, Octubre de 2009, Diciembre de 2009 y Noviembre de 2010. (...)”, razón por la cual se incluyeron en la liquidación certificada de la deuda de fecha 20 de febrero de 2012 actualizada el 12 de junio de 2012 (ver página 233 archivo 01).

Cuando se responde hasta por culpa leve, el deudor debe probar que hizo todo lo que esté indicado por la ley o los reglamentos que debía hacer, considerando los conocimientos y los recursos disponibles, o que se abstuvo de hacer todo lo que no debía hacerse en atención a las mismas circunstancias, solo así se excluye su responsabilidad.

Como PROTECCIÓN no demostró tales circunstancias, el Tribunal tendrá en cuenta los aportes en mora dentro del capital acumulado en la cuenta del afiliado a efectos de la devolución de saldos.

El valor a devolver se obtiene del estado de deuda generado por PROTECCIÓN con corte a 30 de marzo de 2023 (archivo 25 trámite de primera instancia). Allí por los periodos 199701 a 199806, 199905 a 200710 y 201311 a 201410 se totaliza la deuda en \$74.312.967, monto del cual \$12.560.823 corresponde a cotizaciones y \$61.752.144 a intereses. Sin embargo, como se dijo, el vínculo estuvo vigente hasta el 1 de agosto de 2012, razón por la cual para efectos de la devolución de saldos se tienen en cuenta solo los aportes en mora por los periodos 199701 a 199806 y 199905 a 200710, que arroja la suma de \$10.610.103 por cotizaciones y \$56.814.844 por intereses, para un total de \$67.424.947.

Periodo Cotización	Empleador		Valor Deuda	Interés a 2023/03/30	
					Total
199701	CC:2915099	- ESCOBAR	34.813	233.700	268.513
199702	CC:2915099	- ESCOBAR	46.629	312.200	358.829
199703	CC:2915099	- ESCOBAR	46.629	311.400	358.029
199704	CC:2915099	- ESCOBAR	46.629	310.500	357.129
199705	CC:2915099	- ESCOBAR	46.629	309.800	356.429
199706	CC:2915099	- ESCOBAR	46.629	309.000	355.629
199707	CC:2915099	- ESCOBAR	46.629	308.200	354.829
199708	CC:2915099	- ESCOBAR	46.629	307.400	354.029

EXP. 32 2020 00086 02
 Julio Enrique Ballesteros contra Protección S.A.

199709	CC:2915099	- ESCOBAR	46.629	306.600	353.229
199710	CC:2915099	- ESCOBAR	46.629	305.800	352.429
199711	CC:2915099	- ESCOBAR	46.629	305.000	351.629
199712	CC:2915099	- ESCOBAR	46.629	304.100	350.729
199801	CC:2915099	- ESCOBAR	53.946	350.900	404.846
199802	CC:2915099	- ESCOBAR	53.946	350.100	404.046
199803	CC:2915099	- ESCOBAR	53.946	349.100	403.046
199804	CC:2915099	- ESCOBAR	53.946	348.100	402.046
199805	CC:2915099	- ESCOBAR	53.946	347.300	401.246
199806	CC:2915099	- ESCOBAR	53.946	346.400	400.346
199905	CC:2915099	- ESCOBAR	61.263	381.700	442.963
199906	CC:2915099	- ESCOBAR	61.263	380.600	441.863
199907	CC:2915099	- ESCOBAR	61.263	379.600	440.863
199908	CC:2915099	- ESCOBAR	61.263	378.600	439.863
199909	CC:2915099	- ESCOBAR	61.263	377.500	438.763
199910	CC:2915099	- ESCOBAR	61.263	376.400	437.663
199911	CC:2915099	- ESCOBAR	61.263	375.300	436.563
199912	CC:2915099	- ESCOBAR	61.263	374.400	435.663
200001	CC:2915099	- ESCOBAR	68.580	417.800	486.380
200002	CC:2915099	- ESCOBAR	68.580	416.700	485.280
200003	CC:2915099	- ESCOBAR	68.580	415.400	483.980
200004	CC:2915099	- ESCOBAR	68.580	414.300	482.880
200005	CC:2915099	- ESCOBAR	68.580	413.000	481.580
200006	CC:2915099	- ESCOBAR	68.580	411.900	480.480
200007	CC:2915099	- ESCOBAR	68.580	410.700	479.280
200008	CC:2915099	- ESCOBAR	68.580	409.500	478.080
200009	CC:2915099	- ESCOBAR	68.580	408.400	476.980
200010	CC:2915099	- ESCOBAR	68.580	407.100	475.680
200011	CC:2915099	- ESCOBAR	68.580	405.900	474.480
200012	CC:2915099	- ESCOBAR	68.580	404.800	473.380
200101	CC:2915099	- ESCOBAR	75.897	446.600	522.497
200102	CC:2915099	- ESCOBAR	75.897	445.400	521.297
200103	CC:2915099	- ESCOBAR	75.897	444.100	519.997
200104	CC:2915099	- ESCOBAR	75.897	442.900	518.797
200105	CC:2915099	- ESCOBAR	75.897	441.500	517.397
200106	CC:2915099	- ESCOBAR	75.897	440.200	516.097
200107	CC:2915099	- ESCOBAR	75.897	438.800	514.697
200108	CC:2915099	- ESCOBAR	75.897	437.500	513.397
200109	CC:2915099	- ESCOBAR	75.897	436.300	512.197
200110	CC:2915099	- ESCOBAR	75.897	434.800	510.697
200111	CC:2915099	- ESCOBAR	75.897	433.600	509.497
200112	CC:2915099	- ESCOBAR	75.897	432.200	508.097
200201	CC:2915099	- ESCOBAR	83.214	472.500	555.714

SIN costas en la apelación.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

EXP. 32 2020 00086 02
Julio Enrique Ballesteros contra Protección S.A.

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **CONDENAR** a la AFP PROTECCIÓN a devolver al demandante la suma de \$67.424.947, que corresponde a los periodos en mora 199701 a 199806 y 199905 a 200710, con corte a marzo de 2023 según el estado de deuda por no pago allegado por PROTECCIÓN.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Exp. 32 2021 00187 01
María Del Mar Medina Pulido contra Inmobiliaria y Servicios Administrativos LTDA -ISA Inmobiliaria
LTDA-

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA DEL MAR MEDINA PULIDO CONTRA
INMOBILIARIA Y SERVICIOS ADMINISTRATIVOS LTDA -ISA
INMOBILIARIA LTDA-**

Bogotá D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia dictada el 17 de marzo de 2023 por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda, con las que se pretendía la declaración de ineficacia e ilegalidad de la suspensión del contrato de trabajo.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARÍA DEL MAR MEDINA PULIDO presentó demanda contra INMOBILIARIA Y SERVICIOS ADMINISTRATIVOS LTDA -ISA INMOBILIARIA LTDA- para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que la suspensión del contrato de trabajo entre junio y octubre de 2020 fue ineficaz e ilegal, en consecuencia pide que se condene al pago de los salarios, bonificaciones, prestaciones sociales y vacaciones dejadas de percibir, junto con la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., intereses moratorios y la indexación.

Como fundamento de lo pedido, afirma que suscribió contrato de trabajo a término fijo con duración de seis (6) meses, con INMOBILIARIA Y SERVICIOS ADMINISTRATIVOS LIMITADA "ISA INMOBILIARIA LIMITADA", con inicio de labores el 8 de abril de 2019 hasta el 7 de octubre de 2020, para prestar sus

Exp. 32 2021 00187 01
María Del Mar Medina Pulido contra Inmobiliaria y Servicios Administrativos LTDA -ISA Inmobiliaria
LTDA-

servicios como PROFESIONAL DE REVISIÓN TÉCNICA DE AVALÚOS, con asignación mensual de \$2.500.000. Informa que el vínculo finalizó el 7 de octubre de 2020 por decisión unilateral y bajo el argumento del vencimiento del término pactado, conforme lo reglado en el artículo 61 del C.S.T. Asegura que el 15 de abril de 2020 la empresa expuso la intención de reducir el salario de mi poderdante en un 50% por un periodo de dos (2) meses al igual que su jornada laboral, lo que no fue aceptado por la demandante. El contrato fue suspendido mediante correo electrónico del 15 de mayo de 2020 con sustento en el artículo 51 numeral 1, esto es, *por fuerza mayor o caso fortuito*, pese a que el Decreto Presidencial 593 de 2020 permitió durante la pandemia la circulación a las personas en *actividades de avalúos de bienes y realización de estudios de títulos*, y mediante Decreto 749 del 28 de mayo de 2020 se permitió la circulación de personas en *actividades inmobiliarias*, razón por la cual la demandada podía desarrollar su actividad económica con normalidad desde el 1 de junio de 2020. Asegura que la demandada le pagó de forma parcial los salarios de abril y mayo, y no recibió el bono extralegal desde abril y hasta la terminación del contrato. Asegura que la empresa no cesó el desarrollo económico de su actividad comercial en el año 2020, pero si impuso a los trabajadores asumir las pérdidas económicas (ver demanda folios 4 a 22, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por INMOBILIARIA Y SERVICIOS ADMINISTRATIVOS LTDA ISA INMOBILIARIA LTDA. a través de apoderado judicial quien se opuso a las pretensiones. Reconoció la existencia del contrato de trabajo bajo la modalidad de término fijo con duración inicial de 6 meses desde el 8 de abril de 2019 y que se prorrogó hasta el 7 de octubre de 2020, también aceptó la reducción de la jornada laboral y la suspensión del contrato. Afirma que dicha situación se justificó legal y objetivamente por la pandemia y por ello no hay lugar a reconocimiento económico alguno a favor de la demandante. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa del demandante, pago, compensación, buena fe, enriquecimiento sin causa y genérica* (ver contestación folios 2 a 30, archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Exp. 32 2021 00187 01
María Del Mar Medina Pulido contra Inmobiliaria y Servicios Administrativos LTDA -ISA Inmobiliaria
LTDA-

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de marzo de 2023, que declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y casusa del demandante y pago. Para tomar su decisión el juzgado encontró probada la circunstancia de fuerza mayor por el aislamiento preventivo decretado por el gobierno nacional que dio lugar a la suspensión válida del contrato de trabajo.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa del demandante y pago, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO. ABSOLVER a la demandada INMOBILIARIA Y SERVICIOS ADMINISTRATIVOS LTDA. – ISA INMOBILIARIA LIMITADA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante MARÍA DEL MAR MOLINA PULIDO. TERCERO. CONDENAR en costas a la demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio (1/2) smlmv. CUARTO. En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a la demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”* (Audiencia virtual, archivo 25 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 03:24:00)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la demandante pide que se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Afirma que se realizó una indebida valoración probatoria, pues si bien el artículo 51 del CST permite la suspensión de contrato por razones de fuerza mayor o caso fortuito, de los 41 empleados de la empresa solo se suspendió el contrato de trabajo de 12. Señala que no se suspendieron las actividades de la demandada y por el contrario del mes de abril en adelante se incrementaron los promedios de solicitudes de avalúos, por lo que no resultaba procedente la suspensión del contrato de la demandante. En cuanto a las restricciones, la empresa adoptó mecanismos como el trabajo en casa, y no había razón para que no pudiera realizar sus labores de manera remota. Afirma que desconoce el juzgado las recomendaciones de la OIT para dar continuidad a los contratos de trabajo, pues si bien la empresa tomó medidas como conceder vacaciones anticipadas,

Exp. 32 2021 00187 01
María Del Mar Medina Pulido contra Inmobiliaria y Servicios Administrativos LTDA -ISA Inmobiliaria LTDA-

estas acciones no estaban encaminadas a evitar la suspensión de los contratos, por el contrario, pretendía que no continuaran generándose salarios ni prestaciones sociales. Considera que no se acreditaron los dos elementos de la fuerza mayor o el caso fortuito que son la imprevisibilidad e irresistibilidad y que no se puede trasladar al empleado la situación económica de la empresa¹ (Audiencia virtual, archivo 25 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 03:25:19).

¹ “Gracias, señor juez. Bueno, frente a la decisión emitida por el despacho me permito presentar recurso de apelación bajo el entendido que se hizo una indebida valoración probatoria toda vez que si bien el artículo 51 en su numeral primero expresa que se podrá suspender el contrato de trabajo cuando medie una fuerza mayor o un caso fortuito también está visto que dentro de la misma norma se contempla que esta fuerza mayor o caso fortuito tiene que temporalmente impedir la ejecución del contrato de trabajo. Con fundamento a esta norma, tenemos entonces que dentro del periodo de mención solamente se realizó la suspensión de contrato de trabajo de 12 personas de 41 personas que integraban el equipo de trabajo, si bien el despacho indica de que todo es una cadena de todo, ciertamente también es cierto que si había lugar a la suspensión de ese contrato de trabajo o de las actividades que permitieran la ejecución del contrato, si realmente fuera una cadena, no solamente se hubiesen suspendido 12 contratos de trabajo sino que se hubiesen suspendido la totalidad de los empleos por los cuales se contaban dentro de la emergencia sanitaria. Asimismo, teniendo en cuenta los testimonios rendidos, se da cuenta de que en ningún momento hubo una suspensión ni parcial, ni temporal, ni definitiva de la empresa en lo cual conllevará a la no realización de las funciones de la señora María del Mar. De igual forma, presentado a certificación adjunta por parte del subgerente con la cual fue ratificada dentro del testimonio, se indica que en el mes de febrero del 2020 se habían tramitado mil solicitudes y que si bien con ocasión de la pandemia, estas habían disminuido, se nota un aumento progresivo a partir del mes de marzo, presentando 200, perdón, en el mes de abril 245 casos, en el mes de junio 492 en el mes de julio 826, en el mes de agosto 2022, y en el mes de septiembre 1481, superando en demasía el promedio estimado dentro de los cinco meses anteriores que plantea el subgerente de mil solicitudes tramitadas, por lo cual resulta extraño que el despacho afirme que no habían las condiciones para la cual debían presentarse o debían ejecutarse esas condiciones de trabajo cuando ciertamente y tal como fue adjunto dentro de la contestación de la demanda, sí hubo solicitudes de avalúo, sí se tramitaron y que como ya lo mencioné, si bien hubo una disminución, está, posterior al mes de abril, tuvo un aumento progresivo. Así mismo, resulta no es procedente que se establezca que la limitación en la movilidad de las personas impedía la ejecución del contrato de trabajo cuando ciertamente, la misma empresa adoptó medidas de contingencia, como lo fueron, el trabajo en casa así mismo, se pidieron circulares como la 021 y la 033 del Ministerio de Trabajo en el cual, se establecía que con el fin de evitar los contagios y su propagación debían adoptarse medidas un poco más flexibles que permitieran el desempeño de las labores de los empleados desde su casa. Por tanto, si es una labor meramente documental, no había razón por la cual no se pudiera desempeñar este trabajo de forma remota tal como sí se hizo desde el mes de marzo hasta la fecha que le dieron las vacaciones anticipadas. Así mismo, se desconoce por parte del despacho la recomendaciones efectuadas por la Organización Internacional de trabajo a partir del oficio del 18 de marzo del 2020 donde se recomienda que se tengan garantías para la continuidad en los contratos de trabajo, si bien la demandante, perdón la demandada adoptó medidas como la adopción o concederle las vacaciones anticipadas a sus trabajadores vemos que esto más que de pronto fuera una forma de evitar que se suspendieran esos contratos de trabajo realmente eran el lugar para que no se estuvieran generando salarios ni las prestaciones correspondientes a estos a estos términos y que se gozarán de estos beneficios, pero realmente no hay lugar a duda de que dentro del mes de marzo del 2020 al mes de octubre del mismo que se optarán por otras comisiones que sí permitieran el trabajo de manera remota. Me permito traer a colación una sentencia radicada bajo el número SL 3478 del 2017 mediante el cual se tiene, se expresa que para extraer la ocurrencia de una fuerza mayor o un caso fortuito se debe tener en cuenta que esta causal en los precisos términos del numeral primero del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo no restringe el motivo de la simple ocurrencia de un suceso con tal calificativo, sino que agrega que temporalmente impida su ejecución entre paréntesis del vínculo laboral de manera que sin gracia de discusión se aceptará que en verdad la demandada no tenía la posibilidad de prever y precaver esta

Exp. 32 2021 00187 01
María Del Mar Medina Pulido contra Inmobiliaria y Servicios Administrativos LTDA -ISA Inmobiliaria
LTDA-

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que adoptará el Tribunal: (i) que entre la demandante y la sociedad INMOBILIARIA Y SERVICIOS ADMINISTRATIVOS LTDA – ISA INMOBILIARIA LIMITADA existió un contrato de trabajo a término fijo cuya ejecución se pactó por 6 meses, entre el 8 de abril de 2019 y el 7 de octubre de 2020; (ii) que en el lapso comprendido entre el 1 de junio y el 7 de octubre de 2020 no se ejecutaron las obligaciones del contrato (servicios y salarios).

El Tribunal definir, en consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), si hay lugar o no al pago de los salarios y prestaciones entre el 1 de junio y el 7 de octubre de 2020.

circunstancias, ello no sería suficiente para tener como eficaz la suspensión del contrato, adicionalmente debe acreditar que tales sucesos impidieron la ejecución del mismo. En gracia de lo anterior se tiene entonces de que no se acreditan la indebida forman en los dos elementos de la fuerza mayor o el caso fortuito que es la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Si bien se cumple con uno de ellos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que no son diferenciales, sino que deben cumplirse los dos al mismo tiempo por tanto, si bien ocurre la imprevisibilidad por ser un hecho de pandemia, el cual sorprendió a todo el mundo y que si bien se pensaba que iba a ser un hecho que solamente iba a durar un periodo de tiempo muy restringido, el mismo se extendió. Desconoce el despacho que no, que no se ejecuta o no se cumple con el requisito de la irresistibilidad toda vez que había otras formas de desempeñar este contrato de trabajo, que las actividades que dieron origen ese contrato de trabajo nunca se acabaron y que tal como se manifestaron dentro de los testimonios, hubo evaluadores que siguieron desempeñando esa función, por tanto si era requerido y si era necesario el desempeño de estas funciones dentro de la empresa. Por tanto, hace una indebida valoración el juez al extender los efectos económicos que puede tener una empresa con ocasión de la pandemia a la causal estipulada en el numeral primero del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo toda vez que se requiere que esa causal que da origen a la suspensión no permita la ejecución. Y en el tiempo de pandemia o en los tiempos de pandemia, ciertamente una empresa puede tener un ejercicio contable favorable o desfavorable. Si se observa el ejercicio contable del año 2019 tenemos que las ganancias adquiridas dentro de ese ejercicio solamente fueron de dos millones de pesos, por lo cual denotan la baja ganancia que tenía dicha empresa. Entonces trasladar esas circunstancias al empleado desconoce cualquier garantía en favor, de esa relación contractual y básicamente se está favoreciendo a que los beneficios económicos o no de una empresa se han trasladados al empleado, el cual solamente debe acreditar que podía seguir cumpliendo con sus labores, lo cual claramente la señora María del Mar Molina podía seguir desempeñando desde su casa. No era necesario, ella no cumplía una función técnica especializada que requería, no sé, manejo de maquinaria, que solamente estuviera dispuesto en la empresa o de alguna actividad que solamente fuera capaz de desempeñarse dentro de la misma, sino que podían utilizarse mecanismos diferentes que garantizarán esa ejecución de su contrato. Lo cual no hizo la entidad, la empresa demandada. Asimismo, se deja de presente que el juez no valoró que en su debido momento la causal invocada para la notificación al Ministerio de Trabajo con una causal diferente a la cual se le comunicó a la empleadora, la cual debía cumplir con formalidades diferentes como por ejemplo no solamente la comunicación paralela al Ministerio y al empleado, sino que debía cumplir con la formalidad de una autorización previa por parte de dicha entidad. Así las cosas, su señoría, solicitó que se conceda este recurso con el fin de que sea tramitado por el superior jerárquico y que se revoque totalmente la sentencia proferida por el despacho de primera instancia, muchas gracias.”

Exp. 32 2021 00187 01
María Del Mar Medina Pulido contra Inmobiliaria y Servicios Administrativos LTDA -ISA Inmobiliaria
LTDA-

Para resolver la controversia, el artículo 53 del CST señala que, durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo, cesan algunas de las obligaciones que surgen para el empleador y para el trabajador, a saber: para el trabajador la obligación de prestar el servicio, y para el empleador la obligación de pagar el salario y algunas de las prestaciones sociales que la ley contempla².

Tal situación puede ocurrir cuando se presenta una de las causas que regula el artículo 51, entre ellas (numeral 1º), una situación de *fuerza mayor* o un *caso fortuito* que impidan la ejecución del contrato.

El artículo 64 código Civil define al caso fortuito como la circunstancia *sobreviniente, imprevisible, irresistible y ajena a la intención o la culpa del deudor*, que hace imposible el cumplimiento de las obligaciones a cargo. Sobre la materia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que *“el concepto de caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 51-1 y 466, no es original o especial sino el mismo que contempla la Ley 95 de 1890, art. 1º(...). Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura, como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. Igualmente se ha explicado que entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual figura la inimputabilidad, esto es que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o*

² CST: “Artículo 53. Efectos de la suspensión

Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.”.

Exp. 32 2021 00187 01
María Del Mar Medina Pulido contra Inmobiliaria y Servicios Administrativos LTDA -ISA Inmobiliaria
LTDA-

*concomitante del hecho. Es decir que la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto y es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor*³.

Con estos fundamentos y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la sociedad demandada de las pretensiones incoadas en la demanda, pues se probó la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito que impidió a las partes continuar la ejecución del contrato de trabajo, por la *crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del coronavirus SARS-CoV-2*, situación imprevisible, irresistible y que no era atribuible al empleador.

El *coronavirus SARS-CoV-2* fue identificado el 7 de enero de 2020, por la Organización Mundial de la Salud – OMS quien solicitó a los países adoptar medidas para detener su transmisión y propagación el 9 de marzo siguiente, y declaró la enfermedad *COVID-19* como pandemia el 11 de marzo de dicha anualidad. En concordancia con lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social dio a conocer el primer caso del brote de la enfermedad en Colombia el 6 de marzo de 2020, a raíz de lo cual emitió la Resolución 385 de 2020 que declaró la *emergencia sanitaria* y adoptó medidas para prevenir y controlar su propagación. El 17 de marzo de 2020 el Gobierno Nacional decretó el *estado de emergencia económica, social y ecológica* y dispuso ejercer las facultades contenidas en el artículo 215 de la Constitución⁴.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad. 16595 del 28 de noviembre de 2001, citada, entre otras, en las Sentencias Rad. 17570 del 29 de mayo de 2002, Rad. 44201 del 3 de diciembre de 2014 M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, y SL3238-2020 Rad. 38639 del 26 de agosto de 2020 M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ.

⁴ Constitución Política: “Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el

Exp. 32 2021 00187 01
 María Del Mar Medina Pulido contra Inmobiliaria y Servicios Administrativos LTDA -ISA Inmobiliaria
 LTDA-

Conforme a ello, el 22 de marzo de 2020 emitió el Decreto 457 mediante el cual determinó el *aislamiento preventivo obligatorio* de todos los habitantes del territorio nacional a partir del 25 de marzo de 2020. La medida inicialmente se prolongaría hasta el 13 de abril de 2020, pero se extendió sin solución de continuidad hasta el 1º de septiembre de 2020⁵, y si bien desde el Decreto 457 de 2020 se contemplaron actividades *exceptuadas* de la medida de aislamiento, en lo que respecta al sector de actividades inmobiliarias, al cual pertenece la sociedad demandada⁶, solo con la expedición del Decreto 593 de 2020 se previó la excepción para la *realización de avalúos de bienes* a partir del 27 de abril de 2020⁷, y a partir del 1º de junio de 2020 mediante el Decreto 749 de 2020 se amplió la excepción para todo el sector de actividades inmobiliarias⁸ y se mantuvo sin modificación hasta el 1º de septiembre de

término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo. El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia. El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.”.

⁵ Ver Decretos 531, 593, 636, 689, 749, 847, 878 y 1076 de 2020.

⁶ ver objeto social en certificado de existencia y representación legal – archivo 01 folios 69 a 74

⁷ Decreto 593 de 2020: “**ARTÍCULO 3. Garantías para la medida de aislamiento.** Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades:

(...).

38. La realización de avalúos de bienes y realización de estudios de títulos que tengan por objeto la constitución de garantías, ante entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

(...).”.

⁸ Decreto 749 de 2020: “**ARTÍCULO 3. Garantías para la medida de aislamiento.** Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la salud en conexidad con

Exp. 32 2021 00187 01
 María Del Mar Medina Pulido contra Inmobiliaria y Servicios Administrativos LTDA -ISA Inmobiliaria
 LTDA-

2020⁹, fecha en que terminaron las medidas de aislamiento obligatorio, como se indicó previamente.

Para “*proteger el empleo y la actividad productiva*” se expidió la Circular 021 del 17 de marzo de 2020 por el Ministerio del Trabajo, en la cual se incluyeron lineamientos para la implementación del *trabajo en casa*¹⁰, el *teletrabajo*¹¹, la *jornada laboral flexible*¹², las *vacaciones anuales anticipadas y colectivas*¹³, y los *permisos remunerados*¹⁴ o el *pago de salario sin prestación del servicio*¹⁵; y mediante la Circular 033 del 17 de abril de 2020, se dispusieron como mecanismos adicionales la *licencia remunerada compensable*, la *modificación de la jornada y concertación del salario*, la *modificación y suspensión de beneficios extralegales* y la *concertación de beneficios convencionales*. Para los demás casos, el Gobierno Nacional implementó medidas para proteger a la población en situación de desempleo o que hubieran visto disminuidos sus ingresos por el confinamiento¹⁶.

la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades:

(...).

32. *Comercio al por mayor y al por menor, incluido el funcionamiento de centros comerciales y actividades inmobiliarias.*

(...).”

⁹ Decreto 1076 de 2020: “*ARTÍCULO 3. Garantías para la medida de aislamiento. Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades:*

(...).

32. *Comercio al por mayor y al por menor, incluido el funcionamiento de centros comerciales y actividades inmobiliarias.*

(...).”

¹⁰ Ley 1221 de 2008 artículo 6 numeral 4: “*Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio o en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual*”.

¹¹ *Ibídem* artículo 2: “*una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo*”.

¹² En concordancia con lo dispuesto en el artículo 161 del CST.

¹³ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 186 del CST.

¹⁴ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 57 del CST.

¹⁵ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 140 del CST.

¹⁶ Ver Decretos 488, 518, 558 y 770 de 2020.

Exp. 32 2021 00187 01
María Del Mar Medina Pulido contra Inmobiliaria y Servicios Administrativos LTDA -ISA Inmobiliaria LTDA-

En el caso bajo estudio se probó que la sociedad demandada, en un primer momento y con la finalidad de *garantizar el empleo* de la trabajadora, suscribió un acuerdo unilateral para trabajo en casa el 30 de marzo de 2020 (ver páginas 49 y 50 archivo 01), de igual manera dispuso vacaciones anticipadas, según la comunicación del 25 de marzo de 2020 (ver página 51 archivo 07), las cuales se prolongaron hasta el 8 de abril de 2020. Luego, mediante comunicación del 22 de abril de 2020 (ver página 51 archivo 07) le otorgó el “*periodo de vacaciones del periodo comprendido entre abril 8 de 2019 a abril 7 de 2020*”, las cuales iniciaron el día 23 de abril de 2020 y finalizaron el día 6 de mayo de 2020. En reunión virtual con la demandante el 15 de abril de 2020¹⁷, luego de poner de presente la situación de la empresa, le propuso medidas relativas a la disminución de la jornada laboral y del salario por dos meses, medida que no fue aceptada por la trabajadora como se observa en el comunicado de folios 57 y 58 del archivo 01.

Frente a tal situación y mediante comunicación de fecha 15 de mayo de 2020, le fue comunicada la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor *a partir del día 20 de mayo de 2020 y de manera indefinida mientras sobrevengan las condiciones que lo originaron*¹⁸.

Resulta claro de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se informó la suspensión, persistía la restricción generalizada de circulación de personas, y si bien estaban exceptuadas algunas actividades relacionadas con la *realización de avalúos de bienes y realización de estudios de títulos, inicialmente a las que tuvieran por objeto la constitución de garantías, ante entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia*” que posteriormente se extendieron a todo el sector de actividades inmobiliarias (desde el 1º de junio de 2020), lo cierto es que con *causa* u origen en la pandemia (situación imprevisible e irresistible) se hizo imposible mantener el nivel de actividad que con anterioridad desarrollaba la empresa demandada en el frente de avalúos de inmuebles, a los que se dedicaba la demandante.

¹⁷ ver archivo grabación propuesta disminución jornada laboral

¹⁸ ver carta de comunicación de suspensión del contrato páginas 59 y 60 archivo 07

Exp. 32 2021 00187 01
María Del Mar Medina Pulido contra Inmobiliaria y Servicios Administrativos LTDA -ISA Inmobiliaria
LTDA-

Este sector se recuperó de manera más lenta por la imposibilidad de efectuar visitas presenciales a los inmuebles, como lo exigen las normas de valuación. Además, la línea de negocio a la cual se encontraba vinculada la demandante (avalúos), disminuyó por el estado de emergencia decretado por el gobierno nacional de un promedio en el mes de marzo de 2020 de 1000 solicitudes, a 245 en el periodo de abril de 2020, cifras que se fueron recuperando pero paulatinamente. De hecho, a raíz de la pandemia, la accionada tuvo una reducción temporal en sus ingresos operacionales en abril de 2020 del -63% en comparación con abril de 2019, y para el mes de mayo de 2020 la disminución fue del -75% en relación con el mismo mes de 2019, lo anterior según certificado emitido por el revisor fiscal¹⁹. La misma circunstancia se aprecia en los estados financieros de la demandada, pues pasó de una utilidad en el año 2019 de \$2.947.270 a pérdidas de -\$172.273.659 en el año 2020 (ver archivo 07 folio 200 a 220).

Todo ello demuestra que sí hubo una suspensión parcial de las actividades de la demandada, generado por la pandemia (imprevisible, irresistible y no imputable al empleador), lo que hacía *imposible* la prestación del servicio o la función que específicamente cumplía la demandante.

En respuesta a los argumentos de la apelación, se hace notar que antes de la suspensión del contrato de trabajo y ante la evidencia de una situación de fuerza mayor que impedía la ejecución del contrato de trabajo, la sociedad demandada buscó alternativas para evitar la suspensión o incluso la terminación del contrato de la demandante y de otros trabajadores. De hecho, a más de otorgar ala demandante *vacaciones* -del 25 de marzo de 2020 al 8 de abril de 2020 y del 23 de abril de 2020 al 6 de mayo de 2020- evaluó cada una de las alternativas dispuestas por el Ministerio del Trabajo en la Circular 021 de 2020, implementó el trabajo en casa, e incluso ofreció una variación en la jornada laboral y en el salario, como lo reconoció la demandante en su declaración (Audiencia virtual del 20 de febrero de 2023 - archivo 19), y frente a otros servidores, mantuvo los contratos en ejecución ajustando la planta de personal a las actividades que se *podían* realizar.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

¹⁹ ver certificado emitido el 19 de junio de 2020 por el revisor fiscal de INMOBILIARIA Y SERVICIOS ADMINISTRATIVOS LIMITADA archivo 07 folio 128

Exp. 32 2021 00187 01
María Del Mar Medina Pulido contra Inmobiliaria y Servicios Administrativos LTDA -ISA Inmobiliaria
LTDA-

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

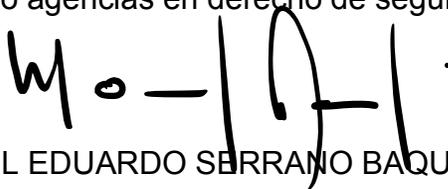


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 33 2019 00852 01
Víctor Manuel Mayorga Torrado vs Colpensiones y otro.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE VÍCTOR MANUEL MAYORGA TORRADO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO
PÚBLICO Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última, la sentencia dictada el 12 de julio de 2023 por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, VÍCTOR MANUEL MAYORGA TORRADO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad o ineficacia* del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la afiliación a PORVENIR por cuanto no recibió asesoría alguna por parte de la AFP. En consecuencia, se declaró que la única afiliación válida es la efectuada al ISS hoy COLPENSIONES, y se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES el

EXP. 33 2019 00852 01
Víctor Manuel Mayorga Torrado vs Colpensiones y otro.

monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual del demandante. Además, solicita como pretensión subsidiaria, que se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a liquidar el bono pensional Tipo A con un salario base a la fecha de corte de \$1.021.000, y efectuar el pago conforme fue emitido el 20 de octubre de 1999 (ver demanda folios 4 a 18, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas contestaron la demanda a través de apoderados para la litis.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones afirmando que la afiliación del demandante a esa administradora, el 18 de octubre de 1994, fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, funcionamiento del RAIS y las condiciones pensionales, como se observa en la solicitud No. 289757 en la que consta la declaración escrita a la 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 C.G.P. y el párrafo del artículo 54 A del C.P.T. Sostiene que no se allegan pruebas de la existencia de un vicio del consentimiento, y en dado caso sería una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación. Advierte que al demandante le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de fondo las de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica* (ver contestación folios 2 a 25 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en que al expediente no se allega prueba que acredite que al demandante se le hubiese hecho incurrir en algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), ni alguna nota de protesta que permita inferir con probabilidad de certeza una inconformidad con el régimen escogido por él. Indica que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no es procede el traslado de

EXP. 33 2019 00852 01
Víctor Manuel Mayorga Torrado vs Colpensiones y otro.

conformidad con el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones 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 o genérica.* (ver contestación folios 2 a 40 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, igualmente se opuso a todas las pretensiones de la demanda por considerarlas improcedentes. Afirma que por disposición legal únicamente responde por la liquidación, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, tras recibir las solicitudes que realicen las Administradoras del Sistema General de Pensiones, y no es de su competencia verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normatividad vigente ante un eventual traslado de régimen. En relación con el bono pensional dijo que el estado actual es de *LIQUIDACIÓN PROVISIONAL* que de conformidad con lo establecido en el Artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997 hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, no constituye una “*situación jurídica concreta...*”. La emisión y redención (pago) del bono pensional tendrá lugar, en derecho, cuando la AFP PORVENIR la solicite a La NACIÓN, previa autorización del afiliado, lo que para el 22 de agosto de 2022 no ha tenido ocurrencia. Formuló como excepciones de mérito las de *falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, prescripción, ausencia de la responsabilidad en la liquidación del bono pensional del demandante e inexistencia de la obligación a cargo de la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y buena fe* (ver contestación folios 2 a 35 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de julio de 2023, mediante la cual el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ

EXP. 33 2019 00852 01
Víctor Manuel Mayorga Torrado vs Colpensiones y otro.

la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR, no cumplió con el deber de información, caracterizado por la entrega de elementos suficientes y necesarios sobre las características, modalidades, desventajas y la forma como se calcula el monto de la pensión, que permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y con esto la afiliación realizada al señor VÍCTOR MANUEL MAYORGA TORRADO, identificado con cedula de ciudadanía 19.307.964, afiliado el 18 de octubre de 1994 a PORVENIR. SEGUNDO: DECLARAR que VÍCTOR MANUEL MAYORGA TORRADO actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva el régimen de Prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR, fondo actual del demandante, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de VÍCTOR MANUEL MAYORGA TORRADO a COLPENSIONES junto con sus intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del señor VÍCTOR MANUEL MAYORGA TORRADO el régimen de prima Media integrada en su totalidad en la historia laboral del demandante. QUINTO: CONDENAR a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES, cuotas de administración, dineros descontados para seguros previsionales, pensión de garantía mínima debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifique. SEXTO: CONMINAR a Colpensiones a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el anterior. SÉPTIMO: ABSOLVER al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones de*

EXP. 33 2019 00852 01
Víctor Manuel Mayorga Torrado vs Colpensiones y otro.

la demanda, sin perjuicio de las gestiones administrativa que deberá realizar como consecuencia de la reactivación de la afiliación del demandante en el régimen de prima media. OCTAVO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia. NOVENO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo del PORVENIR y COLPENSIONES. Agencias en Derecho cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cargo de PORVENIR un salario mínimo legal vigente y a cargo de COLPENSIONES estos conceptos del favor del demandante, sin costas para el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.” (Audiencia virtual, récord 27:54 archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, pide se revoque la orden de devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado. Afirma que la indexación no fue solicitada en la demanda, y que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda no fue un tema discutido ni probado durante el proceso. Señala que la administradora ha conservado la rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual, además de haber generado unos rendimientos superiores a los que el demandante hubiere obtenido en Colpensiones¹ (Audiencia virtual, récord 30:47 archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias su señoría de forma muy respetuosa, interpongo recurso de apelación, el alcance de este recurso es parcial y es frente al numeral quinto del fallo que acaba de proferir su despacho en tanto ordena que mi representada retornen los gastos de administración, las sumas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado y lo paso a sustentar de la siguiente forma, en primer lugar, la indexación no fue una solicitud que hiciera en forma expresa el demandante así se puede o así se desprende de la lectura que se hace de las pretensiones de su libelo introductorio en ese sentido pues está apoderado solicitaría que el fallo que dicta el juzgador de instancia guardará en concordancia con lo realmente petitionado por el actor en segundo lugar el tema de la indexación o de la pérdida del poder adquisitivo de la devaluación de la moneda en el tiempo no fue un tema que fuera discutido o probado durante el proceso que aquí se cursa, entonces considera este apoderado que no se reúnen los requisitos de los que habla del artículo 50 del código de procedimiento laboral para que el juzgador instancia para dar un fallo ultra o extra petita en tercer lugar si una de las motivaciones que tiene el despacho para proferir esta condena indexación es salvaguardar la estabilidad financiera o tal vez combatir la depreciación o en la devaluación que pueda tener la moneda en el tiempo, pues este apoderado debe indicar que esto no sucedió en este preciso caso, pues una de las funciones que cumplen las AFPS es la de guardar la rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de sus afiliados como en efecto sucede en el caso del señor Víctor Manuel Mayorga

EXP. 33 2019 00852 01
Víctor Manuel Mayorga Torrado vs Colpensiones y otro.

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que de acuerdo con la Ley 100 de 1993, para el momento del traslado la aceptación espontánea, libre y expresa, se manifestaba con la firma del formulario de afiliación, circunstancia que se demostró cumplida. Señala que imponer a las administradoras cargas adicionales a las previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado desvirtúa el principio de confianza legítima, legalidad y debido proceso. Sostiene que el *a quo* al momento de proferir la sentencia no tuvo en cuenta que el demandante se encontraba inmerso en la prohibición de traslado del artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Solicita, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, que se revoque la condena en costas por cuanto Colpensiones no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen (Audiencia virtual, récord 34:20 archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).²

entonces, pues si se salvaguardó esa rentabilidad mínima durante todo el tiempo de la afiliación, no podemos hablar de una devaluación del dinero o una pérdida de poder adquisitivo en el tiempo en otro punto, pues si lo que busca el juzgador de instancia es la estabilidad financiera de Colpensiones, pues se nos está ordenando restituir o retornar unos rendimientos financieros que son muy superiores a los que habría podido obtener el demandante con sus cotizaciones si hubieran siempre entrado a las arcas de este fondo. entonces, en ese sentido, pues estos rendimientos financieros compensarían cualquier tipo de vulneración a esta estabilidad financiera y, por el contrario, pues están engrandeciendo las arcas de esta entidad pública, honorables magistrados del tribunal. también debo decir que por lo menos la sala laboral del tribunal de Cundinamarca, dentro del proceso de Felicia León Poveda contra Colpensiones y Porvenir en un proceso radicado interno 2021 111 01 en una provincia el 21 de junio de 2022 indicó que no resulta procedente o no es compatible la condena a retornar estas sumas de forma indexada cuando al mismo tiempo se está imponiendo la orden de retornar los rendimientos financieros alcanzados. de esa forma dejó sustentado mi recurso de apelación."

² *"Gracias, señor juez estando en la oportunidad legal me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal de Bogotá en su Sala Laboral en contra la decisión que se acaba de actuar en este momento, más que todos en contra de los numerales primero y segundo de la decisión, en cuanto puedes a esa declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen del aquí demandante, manifestando pues a los honorables magistrados mi reproche en cuanto al momento de esa decisión de declarar la ineficacia del traslado la misma se fundamentó en la falta del deber de información, que según pues el señor juez tenía la AFP Porvenir al momento de esa suscripción del formulario afiliación pasando por alto que pues para el año 1994 la normativa aplicable era la ley 100 de 1993, según la cual pues esas aceptaciones espontáneas, libre, expresa e informada de cada afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de esa firma del formulario de afiliación, lo cual pues en este asunto se debe a ese formulario suscrito y firmado por el demandante ahora bien, en cuanto a la carga de la prueba y en el sentido de que recae única y exclusivamente, encabeza la AFP y a transportar por lo señalado por la corte en esas sentencias referidas por el señor juez, tenemos que a ese tipo de decisiones hasta el año 2016, los fondos privados contaban exclusivamente con ese consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento del afiliado respecto a su traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 me dicen, no existía nada diferente a ese documento de afiliación desde que estabas aprensión de pertenecer al régimen de ahorro individual, y es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de esa época constituye una situación de carácter imposible de igual forma, podemos evidenciar una interpretación errónea, artículo 1604 del código civil, pues la corte suprema entre esa jurisprudencia objeto de análisis invierte de*

manera irracional y no ponderada la carga de la prueba, suscitando, pues, que esa responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetivo, toda vez que no exige el demandante, pues aportar soporte alguno que demuestre la existencia de vicio fuerza o dolo al momento de afiliarse al régimen de ahorro individual y obliga a que toda la carga de la prueba recaiga exclusivamente en la afp demanda sin que exista el menor esfuerzo procesal en cabeza de la parte demandante, aquí también vemos que el señor juez pues obviamente sus consideraciones nos dicen que la corte suprema en dentro de esa jurisprudencia objeto de análisis, nos indica que pues ese formulario de afiliación no es el documento suficiente para acreditar que se brindó esa información al demandante, pues obviamente tampoco nos indica, según la normatividad o cuál normatividad nos indicaba otro documento diferente a ese a ese formulario de afiliación para acreditar que el demandante se les suministro proceso de información necesaria que también podemos observar que ese documento de afiliación, pues obviamente era avalado en el año 1994 por la superintendencia bancaria de esa época y además pues obviamente no es objeto ese formulario afiliación no fue objeto de ningún tipo de reproche por parte de la parte demandante entonces, pues obviamente aquí entonces nos preguntamos cuál es ese documento adicional para el año 1994 que era necesario para pues obviamente acreditar que el demandante recibió esa información necesaria para su traslado de régimen. y es que pues como ya se dijo anteriormente, no existe o no se exigía documento distinto a su formulario de afiliación, por lo cual pues obviamente en este punto podría decirse que la afp Porvenir cumplió con esa carga de la prueba al aportar pues a este proceso, pues ese formulario de afiliación debidamente, pues firmado, suscrito por el aquí demandante entonces, pues no es razonable ni jurídicamente válido en ponerlas a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en este ordenamiento jurídico vigente hace momento de traslado al régimen puesta la exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que pues además, el principio de legalidad y del debido proceso no consiste solamente, pues en una posibilidad de defensa o en la posibilidad de interponer algún recurso, sino que exige además, como pues obviamente lo prevé el artículo 29 de la constitución. ese ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga dicho todo lo anterior, pues pongo en consideración de los honorables magistrados que en este asunto, pues el accionante permaneció en el régimen de ahorro individual por más de 28 años, por lo cual pues la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con esa decisión que se acaba de proferir en cuanto a la afectación del equilibrio sostenible financiero, pues al sistema consagrado en el artículo 48 de la constitución y adicionada más por el artículo primero del acto legislativo 01 2005, donde se reitera y pues obviamente que no se tuvo en cuenta el momento de proferir la sentencia, esa prohibición que nos hace el artículo segundo de la ley 797, el 2003 en el cual se prohíbe, pues que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad mínima para tener su derecho a la pensión de vejez, artículo que tiene una razón de ser, y esa prohibición pues obviamente lo que busca es proteger al fondo común por medio de compensaciones, pues usa, pues esos recursos para pagar la las pensiones a las personas que cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad debe pues recalcar en este momento que pues ni siquiera hoy en día los recursos que recibe la administradora colombiana por concepto de cotizaciones de los demás afiliados al régimen de prima media son suficientes, incluso no son suficientes para pagar las pensiones que actualmente, pues obviamente tiene a su cargo mi representada. entonces, desde esa perspectiva, si el régimen de prima media se sostiene sobre esas cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplido sus requisitos de edad y semanas, puedan obtener una pensión mínima, independientemente de las sumas efectivamente cotizadas permitir que una persona por interés particular próxima, pues ya a pensionarse y que estuvo realizando sus aportes durante más de 28 años a otra entidad diferente, como se da en este asunto, se beneficia y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás afiliados al régimen de prima media resultaría contrario no solo ese concepto constitucional de equidad del artículo 95 de la constitución, sino también, pues a ese principio de eficiencia pensional finalmente honorables magistrados de llegarse, pues, a confirmar la decisión de declarar la ineficacia del traslado en este asunto, muy respetuosamente le solicito a los administrados se revoque o modifique ese numeral octavo en el cual pues obviamente se hace una condena en costas a mi representada, toda vez que Colpensiones pues ha actuado en estricto cumplimiento de la orden legal, no tuvo injerencia en el momento de ese traslado de régimen, por tanto, pues es un tercero obligado a asistir a este proceso, atendiendo pues esas pretensiones que se ventilan dentro del mismo, ya que técnicamente hoy en día es el forzado a recibir de regreso al demandante como resultado de esa conducta indebida de la AFP. luego entonces, pues obviamente la realidad es que mi representada no es quien resulta vencida en este juicio, sino es un tercero afectado con esa declaratoria de la ineficacia de la filiación que, pues se predica en este asunto con lo anterior,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto*

pues dejó sentadas las bases de mi recurso, muy respetuosamente, solicitando a los magistrados se revoquen las condenas a comprensión en muchas gracias.

EXP. 33 2019 00852 01
Víctor Manuel Mayorga Torrado vs Colpensiones y otro.

constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 36³ años de edad y había cotizado 512,71⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 9 años 10 meses y 3 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 61 años de edad, folios 19 y 64 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{6, 7}. Para

³ Nació el 08 de agosto de 1958, folio 19, archivo 01.

⁴ Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, válida para bono pensional, folios 166 a 169 archivo 07, expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse*

EXP. 33 2019 00852 01
Víctor Manuel Mayorga Torrado vs Colpensiones y otro.

la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia

del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 33 2019 00852 01
Víctor Manuel Mayorga Torrado vs Colpensiones y otro.

SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) y -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según dijo, el asesor de Porvenir le indicó que el ISS no tenía una viabilidad económica a futuro y que Porvenir era un grupo sólido que le ofrecía rentabilidades más altas, pero que no se le informó cómo era el funcionamiento del RAIS (ver archivo 27 del expediente digital, récord 15:28).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa*

EXP. 33 2019 00852 01
Víctor Manuel Mayorga Torrado vs Colpensiones y otro.

y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo intereses, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

EXP. 33 2019 00852 01
Víctor Manuel Mayorga Torrado vs Colpensiones y otro.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 33 2019 00852 01
Víctor Manuel Mayorga Torrado vs Colpensiones y otro.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 33 2020 00325 01
Zoila Luz Torregroza Roldán vs Colpensiones y otro.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ZOILA LUZ TORREGROZA ROLDÁN
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en su favor, la sentencia dictada el 26 de julio de 2023 por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ZOILA LUZ TORREGROZA ROLDÁN presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad absoluta* del acto jurídico mediante el cual se vinculó al RAIS en PROTECCIÓN por existir error en la asesoría brindada. Pide que se reconozca la permanencia en el RPM y se ordené a PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos (ver demanda folios 3 a 7 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 33 2020 00325 01
Zoila Luz Torregroza Roldán vs Colpensiones y otro.

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, afirma que al expediente no se aporta prueba que acredite que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), ni nota de protesta que permita inferir alguna inconformidad con afiliación que aceptó. Asegura que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin constreñimientos o presiones indebidas. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado del artículo segundo de la Ley 797 de 2003, al faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. En su defensa propuso las excepciones 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 o la genérica.* (ver contestación folios 2 a 37 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., se opuso también a las pretensiones de la demanda que involucren a esa entidad, en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante a ese fondo, por cuanto se trató de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se prueba con el formulario de afiliación suscrito por la demandante de forma libre y espontánea, con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes generó derechos y obligaciones y cumple con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación. Refiere que la demandante se encuentra dentro de la limitante de traslado consagrada en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Propuso en su defensa, las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe,*

EXP. 33 2020 00325 01
Zoila Luz Torregroza Roldán vs Colpensiones y otro.

prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica. (ver contestación folios 3 a 24 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de julio de 2023, mediante la cual el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PROTECCIÓN S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad con esto la afiliación realizada a la señora ZOILA LUZ TORREGROZA ROLDÁN identificada con Cédula de ciudadanía 36.554.234 afiliada al 24 en marzo de 1999 a PROTECCIÓN. SEGUNDO: DECLARAR que ZOILA LUZ TORREGROZA ROLDÁN actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN fondo actual de la demandante, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de ZOILA LUZ TORREGROZA ROLDÁN a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de las sumas anteriormente descrita, así como activar la afiliación de la señora ZOILA LUZ*

EXP. 33 2020 00325 01
Zoila Luz Torregroza Roldán vs Colpensiones y otro.

TORREGROZA al régimen de prima media e integrarla en su totalidad a la historia laboral de la demandante. QUINTO: ORDENAR a PROTECCIÓN transferir a COLPENSIONES, las costas de administración, dineros descontados de seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexadas con cargo a sus propios recursos al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle de los ciclos pormenorizados, ingreso, base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifique. SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia del traslado hecha en el anterior numeral. SÉPTIMA: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo dispuesto en parte motiva de esta providencia. OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PROTECCIÓN y COLPENSIONES a cargo de PROTECCIÓN 3.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de COLPENSIONES un salario mínimo legal mensual vigente, estos conceptos sea a favor de la parte demandante.” (Audiencia virtual, récord 52:58, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que para el momento del traslado la aceptación espontánea, libre y expresa, conforme la Ley 100 de 1993 se manifestaba con la suscripción del formulario de afiliación y no se puede imponer a las administradoras de pensiones cargas probatorias adicionales a las previstas en las leyes de la época. Aduce que el juez no tuvo en cuenta que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición de traslado consagrada en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, con la cual se busca proteger a la administradora de un desequilibrio patrimonial¹

¹ “Muchas gracias, señor juez estando en la oportunidad legal me permite interponer recurso de apelación en contra de la decisión que se acaba de proferir y solicitando al honorable tribunal de Bogotá en su sala laboral que se revoque la misma lo anterior, pues en torno a que pues en cuanto, pues al momento de esa decisión de declarar la ineficacia del traslado del régimen de la demandante, la misma se fundamentó, pues en la falta del deber de información que según tenía el señor Juez la AFP Protección al momento, esa suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto que para el año 1999 la realidad del momento y la normativa aplicable para esa época, la Ley 100 de 1993, según la cual precisa

EXP. 33 2020 00325 01
Zoila Luz Torregroza Roldán vs Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual, récord 55:37, archivo No. 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

aceptación espontánea, libre, expresa e informada cada afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba, pues a través de esta firma del formulario de afiliación lo cual, pues en este asunto se dio según se deriva de ese formulario, debidamente completado y firmado por la demandante ahora bien, en cuanto a que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP lo anterior lo señalado por la corte en esas sentencias referidas por el señor juez a ese tipo de decisiones, encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con ese consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar ese conocimiento de sentimiento de afiliados respecto de su traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994, 2016 no existían nada diferente a ese documento de afiliación donde costaba esa plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en esas leyes de la época constituye una situación de carácter imposible de igual forma, podemos ir evidenciar una interpretación errónea, artículo 1604 del código civil, pues la corte suprema dentro de esa jurisprudencia de objeto de análisis, invierte de manera irracional y no ponderada la carga de la prueba, suscitando que pues esa responsabilidad de encabezar los fondos se convierte en objetiva, toda vez que no exige a la parte demandante aportar soporte alguno que demuestre esa existencia de la falta de información al momento de afiliarse al régimen de ahorro individual y obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en cabeza de la AFP, sin que exista el menor esfuerzo procesal en cabeza de la parte demandante en este punto debemos referirnos a que señor juez en esas consideraciones y al hacer referencia a esa jurisprudencia objeto de análisis, nos indica que pues ese formulario de afiliación no es un documento o no era el documento idóneo o no era el documento suficiente para acreditar que la demandante recibió esa información previa a su traslado al régimen de ahorro individual que se debió a aportar otro documento adicional sin embargo, pues no nos dice cuál es ese documento claramente que se dio a aportar con ese formulario de afiliación y en qué norma de esa época estaba consagrado el mismo y es que, pues cabe resaltar honorables magistrados que para ese año en los 1999 no se exigía documento diferente a ese formulario de afiliación para acreditar que la demandante recibió esa información previo a su traslado al régimen de ahorro individual, documento de afiliación que obviamente era avalado por la superintendencia bancaria de esa época, que no tuvo ningún tipo de tacha por la parte demandante, por lo cual pues obviamente se podría decir en este punto que la afp protección cumplió con esa carga de la prueba al aportar dicho formulario de afiliación entonces pues no es razonable ni jurídicamente válido imponer las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en este ordenamiento jurídico vigente al momento se trasladó a régimen, pues tal exigencia, en virtud de ese principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que pues el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en esa posibilidad de defensa, una oportunidad para interponer algún recurso, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la constitución, ese ajuste a cada norma persistente. al acto que se juzga entonces, dicho todo lo anterior, pongo en consideración a los honorables magistrados que, en este asunto, pues y al momento, pues de esas consideraciones tampoco se tuvo en cuenta que pues el día, de esa prohibición que establece el artículo segundo de la Ley 797 del 2013. en el cuerpo se prohíbe que una filial pueda trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para el cumplimiento de la mínima para tener derecho a la pensión de vejez, artículo que tiene una razón y se debe entender que pues lo que se buscaba con él mismo es o lo que se busca con el mismo, proteger al fondo común por medio del cual Colpensiones, no está para pagar esas pensiones a las personas que cumplen esas requisitos mínimos para acceder a la misma y de esta forma, pues no generar un desequilibrio patrimonial dentro del sistema que administra hoy en día mi representada. entonces, pues desde esa perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre esas cotizaciones, efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados para que una vez cumplidos esos requisitos de edad y semanas pueden obtener una pensión mínima, independientemente de cualquier suma efectivamente cotizada permitir que una persona por interés particular próxima a la edad de pensionarse que estuvo realizando, pues esos aportes a otra entidad diferente durante más de 20 años, como se da en este asunto, se beneficie y resulte subsidiada por esas cotizaciones de los demás afiliados que sí han pertenecido al régimen de prima media durante toda su vida. resulta contrario, pues no solo ese concepto constitucional de equidad del artículo 95 de la Constitución, sino también al principio de eficiencia pensional con lo anterior, pues dejó sentadas las bases de mis recursos, solicitándole muy respetuosamente a los honorables

EXP. 33 2020 00325 01
Zoila Luz Torregroza Roldán vs Colpensiones y otro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad*

magistrados. se revoque la decisión que se acaba de proferir y se y se revoque en las condenas impuestas a mi representada. muchas gracias.”

EXP. 33 2020 00325 01
Zoila Luz Torregroza Roldán vs Colpensiones y otro.

de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas a<l expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 34² años de edad y había cotizado 223,14³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 2 años, 12 meses y 3 días⁴), y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 8 archivo 02 y archivo 01 del del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶.

² Nació el 31 de julio de 1964, ver página 8 archivo 02.

³ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folio 38 a 41 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

EXP. 33 2020 00325 01
Zoila Luz Torregroza Roldán vs Colpensiones y otro.

Según dicho precedente los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido, para la Corte: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*». Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene*

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes*”.

EXP. 33 2020 00325 01
Zoila Luz Torregroza Roldán vs Colpensiones y otro.

establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, sólo le indicaron que el ISS se iba a terminar y que sus aportes estaban en riesgo, pero no le informaron cuáles eran las características o funcionamiento del RAIS (Audiencia virtual del 26 de julio de 2023, archivo 17 del expediente digital, récord 22:01).

EXP. 33 2020 00325 01
Zoila Luz Torregroza Roldán vs Colpensiones y otro.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo intereses, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.(Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 33 2020 00325 01
Zoila Luz Torregroza Roldán vs Colpensiones y otro.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SIN COSTAS en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Rozo Barrera vs Colpensiones y otro.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GLADYS CRISTINA ROZO BARRERA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS
S.A. CESANTÍAS Y PENSIONES S.A. Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 9 de junio de 2023 por la Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, GLADYS CRISTINA ROZO BARRERA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. CESANTÍAS Y PENSIONES S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la ineficacia de la afiliación o del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado en junio de 1994 mediante afiliación a

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Rozo Barrera vs Colpensiones y otro.

COLFONDOS S.A., y la ineficacia de los traslados horizontales con las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR, por no haber recibido información completa y suficientes sobre el régimen de ahorro individual, características, ventajas y desventajas. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR retornarla a COLPENSIONES junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, sumas adicionales de la aseguradora y rendimientos causados, y a esta última, recibirla como afiliada en el RPM, sin solución de continuidad (ver demanda folios 1 a 16 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la Litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que al expediente no se aporta prueba de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o en algún vicio del consentimiento, por el contrario, de los documentos se advierte que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin constreñimientos o presiones indebidas. Indica que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. En su defensa propuso las excepciones 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 genérica* (ver contestación folios 2 a 39 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso también a todas las pretensiones de la demanda, argumentando que previo a la suscripción del formulario de afiliación, se brindó una asesoría integral sobre las implicaciones de su decisión, las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como sobre la opción de retracto y las condiciones necesarias para alcanzar la prestación en el RAIS. Resaltó que no se cumplen

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Rozo Barrera vs Colpensiones y otro.

los presupuestos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. La afiliada se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Agregó que el traslado es un acto jurídico y por ello la acción para reclamar su ineficacia es susceptible de prescripción. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago* (ver contestación en archivo 09 folios 2 a 19).

PORVENIR S.A. igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el traslado al RAIS fue válido, pues se brindó asesoría clara, expresa, veraz y oportuna, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 633 de 1993, por lo que no hubo alguna omisión o vicio que lo invalide. Sostiene que la demandante tuvo la oportunidad de ejercer su derecho al retracto y de trasladarse de régimen, pero decidió seguir aportando al mismo. Advierte que es improcedente el traslado de los rendimientos económicos y los valores correspondientes a los seguros previsionales, al ser un beneficio propio del RAIS y haberse cumplido el seguro su finalidad. Como excepciones de mérito propuso las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*. (ver contestación folio 02 a 28 archivo No. 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., se opuso también a las pretensiones de la demanda que involucren a esa entidad, en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante a ese fondo, por cuanto se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata en el formulario de afiliación suscrito por la demandante en forma libre y espontánea con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes que generó derechos y obligaciones y cumple con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la diferencia que pueda existir en el valor

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Rozo Barrera vs Colpensiones y otro.

de su mesada pensional en el RAIS o en el RPM no implica un engaño. Refiere que la demandante está a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, razón por la cual no puede trasladarse de régimen. Propuso en su defensa, las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la genérica* (ver contestación folios 3 a 21 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de junio de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación 12 de mayo de 1994, realizada por GLADYS CRISTINA ROZO BARRERA del régimen de prima media, con prestación definida al régimen de ahorro individual efectuado a través de la afiliación de la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante de*

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Rozo Barrera vs Colpensiones y otro.

la demandante de la señora GLADYS CRISTINA ROZO BARRERA, como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieran causado. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR con motivo de la afiliación de GLADYS CRISTINA ROZO BARRERA como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieran causado. QUINTO, CONDENAR en costas procesales a la sociedad COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, liquídese como agencias en derecho de la suma de \$1.000.000. Sin costas para la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR. SEXTO: en caso de no ser apelada, la presente decisión, se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral para que se estudie el grado jurisdiccional de consulta.” (Audiencia virtual, récord 1:21:50, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que nada tuvo que ver en el trasado de régimen y en los horizontales que realizó la demandante, por tanto, es un tercero de buena fe. En caso de regresar la demandante al RPM se afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues la obligación de hacer que se impone lleva implícito un eventual reconocimiento pensional a una persona que no realizado los aportes a este régimen. Solicita que se condicione el cumplimiento de la sentencia¹ (Audiencia virtual, récord 1:23:44, archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“su señoría siendo la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia anteriormente emitida por parte de su honorable despacho, para que éste sea conocido por el honorable tribunal de Bogotá sala laboral, con el fin de que en sede de instancia se revoque la decisión adoptada por las siguientes argumentaciones que pasaré a exponer señores magistrados, como lo manifesté al momento de presentar mis alegatos de conclusión, debe tenerse en cuenta que Colpensiones nada tuvo que ver con el negocio jurídico celebrado entre la señora GLADYS CRISTINA ROZO BARRERA y las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A por cuanto no existe un injerencia alguna por parte de mi representada para que la demandante tomará la decisión de trasladarse el régimen de prima*

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Roza Barrera vs Colpensiones y otro.

media con prestación definida el régimen de ahorro individual con solidaridad de igual manera en la demandante, en ningún momento se acercó a las instalaciones de Colpensiones para asesorarse respecto a la decisión que había tomado así las cosas, no es este administrador quien debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte del fondo privado al momento de efectuar el respectivo traslado pues es pertinente reiterar que para el año 94 la demandante no se encontraba en ninguna provisión legal para efectuar cambio de régimen máxima en si se tiene en cuenta que era su derecho a la libre escogencia del régimen pensional, de acuerdo a la ley 100 de 1993. concluyéndose entonces que Colpensiones es un tercero de buena fe por cuanto no le es imputable las decisiones que haya tomado la demandante para trasladarse del régimen de prima media con prestación definida a el régimen de ahorro individual con solidaridad, siguiendo ese mismo orden de ideas, señores magistrados, debe tenerse en cuenta que el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad tienen diferente forma de distribución del aporte, en tanto que han sido aproximadamente 28 años en los cuales Colpensiones no ha ayudado a financiar la pensión de la demandante ni ha cobrado gastos de administración y esta situación claramente va en detrimento patrimonial de esta administradora y pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional en caso que la señora demandante regrese a Colpensiones, como quiera que la razón principal por la cual la señora Gladys desea retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, se basa únicamente en la diferencia de la mesada pensional que podría obtener en su actual fondo de pensiones versus la que puede obtener en Colpensiones, no siendo esta una razón suficiente para declarar la ineficacia del formulario de afiliación y como se evidencia en el presente caso, señores magistrados, no obra en el acápite de pruebas de libelo de mandatorio prueba alguna o comparativo entre los regímenes que permitan establecer si existe un perjuicio para la demandante en su mesa pensional en uno u otro régimen, conforme con lo anterior, se hace necesario traer a colación el tema concerniente a la descapitalización del sistema pensional, contenido en las sentencias series 24 del año 2004, su 062 del año 2010, 130 del año 2013 de la corte constitucional en materia de traslados, en donde se manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría la declaración injustificada y la ineficacia del traslado de un afiliado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida afecta a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados lo anterior en concordancia con la sentencia t 489, el año 2010, en cuyo contenido se extrae y se manifiesta que no se puede permitir la descapitalización del fondo si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando ya les falta menos de 10 años para concretar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago es financiar el sistema. para concluir, y si bien es cierto, señores magistrados, la decisión adoptada por la señora juez no impone una condena directa en contra de Colpensiones sino que le impone una obligación de hacer al ordenarle recibir de su actual fondo de pensiones todos los aportes efectuados por la demandante, como lo son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses lo cierto es, señores magistrados, que tal decisión a futuro conlleva implícito el reconocimiento de la pensión a la demandante por parte de mi representada, situación que claramente sí afecta los intereses económicos de esta administradora es por los anteriores argumentos que se solicita a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá, sala laboral que se revoque el fallo antes proferido, el cual le ordena a Colpensiones a recibir nuevamente a la señora gladys como una de sus afiliadas y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. finalmente, y en caso de que la honorable sala no acoja los argumentos expuestos por mi representada y en consecuencia confirme la providencia objeto de alzada y sin que de ninguna manera se entienda, reconocidas las pretensiones de la demanda, solicitó a los honorables magistrados que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas sobrantes de la cuenta de ahorro individual de la demandante por parte de su actual fondo de pensiones, porvenir, como lo son las cotizaciones, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración debidamente indexadas por el periodo en que ha permanecido afiliada a este fondo privado y todos aquellos costos que deberían ser sufragados al interior del régimen de prima media con prestación definida, sin que le sea permitido al fondo privado descontar suma alguna de dinero por concepto de seguros de invalidez o muerte, como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a el fallo hasta tanto porvenir, reintegre los recursos y actualicen las bases de

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Rozo Barrera vs Colpensiones y otro.

En el recurso de COLFONDOS, solicita que se revoque la condena de devolver los gastos de administración, seguros previsionales y aportes, los rendimientos y demás emolumentos de la cuenta de ahorro individual, teniendo en cuenta que la AFP trasladó los saldos de la cuenta al momento en que realizó el traslado a otra AFP, y en relación con los descuentos que se realizaron dijo que estos fueron debidamente utilizados en vigencia de la afiliación² (Audiencia virtual, récord 1:39:36, archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

datos de la demandante en igual sentido, solicitó a los honorables magistrados la no condena en costas a mi representada, toda vez que Colpensiones no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero de buena fe al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre partes que son ajenas a esta entidad que represento en los anteriores términos, dejó sustentado mi recurso.”

² *“voy a interponer recurso apelación parcial contra la sentencia proferida en aras de que el honorable tribunal sala laboral de Bogotá revoque la condena impuesta en mi representada tendiente, devolverte los conceptos de los gastos de administración, seguros, previsionales y junto con los aportes, los rendimientos y demás emolumentos de la cuenta de ahorro individual, sustentó el recurso en primera medida, indicándole a los honorables magistrados sala laboral de Bogotá que no es factible que colfondos pensiones y cesantías devuelva en primer lugar, los conceptos de la cuenta de ahorro individual por aporte rendimientos o frutos, teniendo en cuenta que la señora demandante presenta un estado de salida hacia la afp ing motivo por el cual invirtió el mandato legal, mi representada trasladó todo lo aviente en la cuenta de ahorro individual, motivo por el cual es imposible retornar dichos emolumentos, toda vez que se encuentran en cabeza de la otra administradora conforme lo establece la norma. en este sentido le solicito muy respetuosamente absolver a mi representada en esa condena, en cuanto a lo referente a los seguros previsionales y comisiones le solicitó a los honorables magistrados no condenar a mi representada o no confirmar la sentencia y revocarla en el sentido que no es factible que colfondos los retorne cuando son emolumentos ya acaecidos a favor de la señora demandante en qué sentido son acaecidos en que ya fueron utilizados para administrar la cuenta de ahorro individual de esta? esa utilización se va encaminada a esas gestiones administrativas que se están realizando durante el periodo de permanencia para incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual mediante unas inversiones, tal como se reflejó al momento de realizar el traslado de afp en este sentido, se puede indicar efectivamente que los descuentos fueron utilizados por mandato legal del artículo 20 de la ley 100 de 1993, al ser ya un dinero utilizado, pues se le estaría causando un perjuicio a col fondo, siguiendo en cuenta que se le está desconociendo la teoría de las restituciones mutuas en el mismo sentido ocurre con los conceptos de los gastos de administración de los seguros previsionales, también contenidos dentro el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que prácticamente son para cubrir dos riesgos, a saber, uno la contingencia de invalidez y la sobrevivencia mediante una póliza de aseguramiento para en caso de que se hubiese sufrido algún siniestro, pues la aseguradora hubiese intervenido mediante el seguro previsional para completar el capital y poder cubrir dichos siniestros. no obstante, como se puede observar, no sé realizó ninguno de estos dos siniestros, pero si se le descontó y si se generó el costo y si se generó el contrato, motivo por el cual se está desconociendo que estuvo asegurada, si bien es cierto, se declaran eficacia la filiación y que las cosas deben de volver a su estado natural, lo cierto es que no se le podrían retornar por parte de mi representado en atención que ellos emolumentos ya fueron girados a un tercero de buena fe y que mi representada cumplió con el deber legal de la filiación en todo caso no se le podrían ligar esa responsabilidad colfondos, pensiones y cesantías teniendo en cuenta que no cuenta con dineros por estos conceptos por todo lo anterior le solicitó respetuosamente a los honorables magistrado revocar las condenas aquí peladas y a la señora juez muy respetuosamente conceda el recurso de apelación muchas gracias.”*

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Rozo Barrera vs Colpensiones y otro.

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Rozo Barrera vs Colpensiones y otro.

reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 25³ años de edad y había cotizado 163,57⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 2 años, 22 días⁵), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 53 años de edad - ver folio 184 del archivo 01 del expediente administrativo y archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6, 7}.

³ Nació el 1 de octubre de 1969.

⁴ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folios 67 a 70 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folios 67 a 70 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los*

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Rozo Barrera vs Colpensiones y otro.

Según dicho precedente los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido, para la Corte: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en

grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Rozo Barrera vs Colpensiones y otro.

cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues COLFONDOS S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, sólo le indicaron que el ISS se iba a terminar y que era necesario trasladarse de administradora, le informaron de unos beneficios del ahorro en el fondo privado, pero nada le explicaron sobre el régimen de ahorro individual o el régimen de prima media (Audiencia virtual del 02 de junio de 2023, archivo 19 del expediente digital, récord 16:33).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa*

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Rozo Barrera vs Colpensiones y otro.

y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de las AFP PORVENIR, AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, seguros previsionales, frutos, intereses y rendimientos, pero se adicionará para ordenar a estas administradoras que procedan a la devolución de los gastos de administración debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL-1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Rozo Barrera vs Colpensiones y otro.

causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se advierte que carece de objeto la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de la AFP, porque la parte resolutive de la decisión de primera instancia ya lo estableció así.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR, AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS devolver los gastos de administración a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, debidamente indexados.
- 2. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
- 3. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
- 4. COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

EXP. 35 2022 00544 01
Gladys Cristina Roza Barrera vs Colpensiones y otro.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS AUGUSTO MORALES MORALES
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 29 de junio de 2023 por la Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS AUGUSTO MORALES MORALES presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare que PORVENIR incumplió con su deber legal al no brindarle una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional. En consecuencia, piden que se declare nula e ineficaz su afiliación al régimen de ahorro individual y que está válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, se condene a PORVENIR a registrar en su sistema que su

afiliación fue ineficaz, y a esta última a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados. Además, se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación en el RPM y recibir la totalidad de los aportes a pensión (ver demanda folios 1 a 11, archivo 01 de expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones afirmando que el traslado de régimen pensional del demandante fue válido y estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria para que tomara una decisión informada, libre y voluntaria respecto de las condiciones, características y naturaleza del régimen al que pretendía su traslado, y que sólo fue hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 que esas AFP adquirieron la obligación de asesoría e información, por lo que no le pueden ser exigidas obligaciones inexistentes para la fecha del traslado. Con independencia de ello, dice que las condiciones del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993 por lo que el actor bien podía validar en cualquier momento el contenido de la información brindada y demás aspectos que considerase necesarios. Refiere que no se aportan pruebas que permitan indicar que su traslado se dio con algún vicio del consentimiento a partir de lo cual se pueda concluir que dicho negocio jurídico sea nulo. El demandante contó con varias oportunidades para trasladarse y no lo hizo. Formuló como excepciones previas las de *ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales – ausencia de reclamación administrativa y falta de competencia*, y como excepciones de fondo: *prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y buena fe (ver contestación folios 2 a 31, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda, toda vez que el traslado se realizó en virtud del derecho a la libre escogencia contenida en el

literal e) de la Ley 100 de 1993, con el cumplimiento de los requisitos que para la época se exigían, y que de las manifestaciones del demandante no se logra demostrar un eventual vicio del consentimiento de haga nulo o ineficaz el acto jurídico de afiliación a la AFP del RAIS, además, la información que aduce no se le brindó por parte de la administradora de pensiones se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, norma que se supone su conocimiento y cumplimiento desde la promulgación. Advierte que el demandante tenía la obligación, como consumidor financiero, de utilizar los mecanismos de divulgación de la AFP y adquirir conocimientos de manera autónoma frente al funcionamiento, condiciones, características de los regímenes pensionales. Propuso como excepciones perentorias: *el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica* (ver contestación folios 2 a 18 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de junio de 2023 mediante la cual la Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes finales que efectuó el demandante el señor LUIS AUGUSTO MORALES MORALES del régimen de prima media con prestación definida administrada en su momento por el ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR que ocurrió el 19 de mayo de 1994, en consecuencia se declara valida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES conforme se expuso. SEGUNDO:*

CONDENAR a la demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR a transferir a COLPENSIONES todos los valores obtenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante esto es de los aportes pensionales junto con los rendimientos financieros sin descontar los gastos de administración y comisiones incluyéndolas las primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima por todo el periodo que estuvo vinculado en dicho régimen precisando que los descuentos que realizó la AFP por gastos de administración primas de servicios provisionales de invalidez y sobrevivencia así como las comisiones y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima será a cargo a los propios recursos de la entidad accionada porvenir y deberán ser retornados al régimen de prima media de manera indexada al momento en que se efectuó la devolución de estos conceptos al régimen de prima media según se expuso TERCERO: DECLARAR no probadas la excepciones previas propuestas CUARTO: CONDENAR en costas a la demanda porvenir incluyendo la suma de 1.500.000 como agencias en derecho QUINTO: SE ORDENA remitir las diligencias al tribunal superior de Bogotá en su especialidad laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.” (Audiencia virtual, récord 1:45:12, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, solicita que se revoque el numeral segundo de la sentencia. Asegura que los gastos de administración y las primas previsionales no financian la pensión de vejez, además cumplieron con su fin, en el caso de los gastos de administración con la obtención de los rendimientos, y en cuanto a las primas de los seguros previsionales se ampararon los riesgos de vejez y muerte. En todo caso -dice- el 3% descontando procede en cualquiera de los dos regímenes pensionales. En consecuencia, pide que no se ordene el traslado de los gastos de administración y seguros previsionales¹ (Audiencia virtual, récord 1:43:45, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Me permito interponer y sustentar recurso de apelación de manera parcial contra el numeral segundo de la sentencia acá notificada para que sea la sala del tribunal superior de Bogotá quien estudie y revoque la condena impuesta en contra de mi representada bajo las siguientes

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

razones sea lo primero indicar honorables magistrados que los gastos de administración y primas o seguros de primas provisionales estas llamadas a prosperar como quiera que estas sumas no están destinadas financiar la pensión de vejez sino a otras disposiciones como la administración de los aportes del demandado así como el amparo de otras contingencias diferentes a las de vejez por otro lado honorables magistrados deberán tenerse en cuenta que los rubros descontados y discriminados anteriormente como los son los gastos de administración y primas de seguros provisionales han cumplido plenamente su finalidad y estos es respecto a los gastos de administración esto es al manejo de las inversiones tendientes a obtener un incremento una rentabilidad de los aportes obtenidos efectuados por el demandante y rendimientos reconocidos en la cuenta de ahorro individual en igual sentido respecto de las sumas de primas, seguros o seguros provisionales téngase en cuenta señores magistrados que dichos rubros ya fueron trasladados o pagados a las respectivas aseguradoras contratadas por mi representada y esto con el fin de amparar las prestaciones económicas de invalidez y muerte de las cuales el demandante ha estado plenamente amparado durante el tiempo que ha estado vinculado con mi representada en igual sentido y tal como se indicó en los alegatos de conclusión considera esta defensa que el 3% descontado respecto de los aportes efectuados por el demandante y que se descuentan bajo los rubros antes mencionados, considera esta defensa que dicho descuento se aplicaría sin diferencia alguna pues si el demandante hubiera estado todo el tiempo vinculado en el régimen de prima media o en el de ahorro individual, como último punto señores magistrados ruego tener en cuenta que si en el caso eventual de confirmarse la sentencia acá recurrida considera el traslado del demandante o el retorno del demandante al régimen de prima media solicita esta apoderada no se trasladen los gastos de administración y de prima media y prima de seguros profesionales teniendo en cuenta que se trasladaran unos rendimientos, rendimientos que se desbordan bajo el efecto jurídico de la ineficacia pues si bien esta institución jurídica y como tal se mencionó en el fallo motivado anterior mente que el traslado del régimen del demandante nunca hubiera operado pues se supone que el reconocimiento propio del régimen de ahorro individual pues tampoco le sería viables retornar al régimen de prima media no obstante pues si considera la sala confirmar dicha condena se solicita excluir respecto del traslado y gastos de administración y primas de seguros provisionales como quiera que el reconocimiento de rendimientos supera que con creces los descuentos efectuados así como la respectiva indexación de los rubros antes mencionados bajo los anteriores términos dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando nuevamente a los honorables magistrados la revocatoria de la sentencia en el numeral antes expuesto.”

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 36² años de edad y había cotizado 681,14³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 13 años 1 semana 1 día)⁴, y para la fecha de

² Nació el 7 de mayo de 1958, folio 24 archivo 01.

³ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folios 4 a 11 archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁴ *Ibidem*

presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para acceder al derecho pensional (tenía 61 años de edad- ver archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{5, 6}. Según dicho criterio, los jueces deben declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido:

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

(i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”;* (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un

“consentimiento informado”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según ilustró, al momento de vincularse recibió una visita de un asesor de PORVENIR por instrucción de recursos humanos de la empresa donde laboraba, quien le dijo que el ISS se iba a acabar y le informó algunas de las ventajas del régimen privado, pero no como podría acceder a la pensión anticipada, ni que su mesada dependía del capital acumulado (Audiencia virtual del 29 de junio de 2023, récord 24:15).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante junto con los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos, pues así lo ha dispuesto la Sala Laboral de las Corte Suprema de Justicia en las sentencias

cuyo lineamiento se sigue en segunda instancia (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Costas en la apelación a cargo de la AFP PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSEY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 37 2021 00271 01
Marcela Campuzano Cifuentes contra Colpensiones y otro.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARCELA CAMPUZANO CIFUENTES
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 13 de junio de 2023 por la Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora VANESSA GÓMEZ QUINTERO, identificada con T.P. 409.053, como apoderada sustituta de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido por el abogado inscrito de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., apoderada principal (folio 9 del archivo 05 del expediente digital, trámite de segunda instancia).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARCELA CAMPUZANO CIFUENTES presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que, mediante los

EXP. 37 2021 00271 01
Marcela Campuzano Cifuentes contra Colpensiones y otro.

trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad absoluta* de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, específicamente a la AFP PORVENIR. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, gastos de administración, seguros y demás dineros que se hubiesen cancelado, y se disponga que su afiliación a COLPENSIONES se encuentra vigente y sin interrupción alguna desde 1995, por lo que esa entidad debe reconocerla como su afiliada, expedir las certificaciones correspondientes y recibir los aportes y rendimientos a que hubiere lugar (ver demanda folios 2 a 13, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la Litis.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones. Aduce que el traslado de régimen pensional de la demandante fue válido y estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria para que tomara una decisión informada, libre y voluntaria respecto de las condiciones, características y naturaleza del régimen al que pretendía su traslado, y que fue hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 que esas AFP adquirieron la obligación de asesoría e información, por lo que no se le pueden exigir obligaciones inexistentes para la fecha del traslado. Con independencia de ello, dice que las condiciones del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la actora podía validar en cualquier momento el contenido de la información brindada y demás aspectos que considerase necesarios. Refiere que no se aportan pruebas que permitan indicar que su traslado se dio bajo algún vicio del consentimiento a partir de lo cual se pueda concluir que dicho negocio jurídico es nulo. Formuló como excepciones de fondo: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (ver contestación folios 2 a 30 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia.)

EXP. 37 2021 00271 01
Marcela Campuzano Cifuentes contra Colpensiones y otro.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, también se opuso a las pretensiones de la demanda y, particularmente, a que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por la cual la demandante se trasladó al RAIS. Afirma que la demandante, por decisión propia, suscribió el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR en el año 1995, vinculación que cumplió con los requisitos establecidos en la Sentencia C-1024 de 2004 y C-789 de 2002. Además, asegura que no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación realizada que generara la nulidad del acto jurídico y, por ende, la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual. Advierte que la afiliada tenía el deber de informarse respecto del contrato que en su momento estaba suscribiendo de forma voluntaria y que la legislación es de obligatorio conocimiento y cumplimiento por lo que no es válido alegar el desconocimiento de la ley. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada* (ver contestación folios 48 a 68, archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de junio de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que HORIZONTE hoy PORVENIR no cumplió con el deber de información, caracterizado por la entrega de elementos suficientes y necesarios sobre las características, modalidades, desventajas y la forma como se calcula el monto de la pensión, que permitiera elegir a la demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante la señora MARCELA CAMPUZANO CIFUENTES del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el Instituto de los Seguros Sociales*

EXP. 37 2021 00271 01
Marcela Campuzano Cifuentes contra Colpensiones y otro.

hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad por intermedio de la AFP hoy Porvenir lo que ocurrió el 21 de febrero de 1995. En consecuencia, se declara válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones conforme se expuso precedentemente. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante la señora MARCELA CAMPUZANO CIFUENTES junto con los rendimientos financieros sin descontar gasto de administración, ni primas de seguros previsionales invalidez de sobrevivencia, comisiones y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensiones mínima por el periodo que estuvo vinculada en dicho régimen, precisando que los rubros relacionados con descuentos realizados por gastos de administración, comisiones, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima serán con cargo a los propios recursos de la entidad accionada y deberán ser pagados de manera indexada al momento que se efectúe el retorno al régimen de prima media según se expuso. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. CUARTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la demandada PORVENIR fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. QUINTO: se ordena la rendición del presente proceso al honorable tribunal superior de Bogotá en su especialidad laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones atendiendo los resultados de esta sentencia (Audiencia virtual, récord 01:20:00 archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, afirma que el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al deber de información no es aplicable de forma uniforme sino diferenciada y que, además, se pretende imponer cargas que no estaban vigentes para el momento del traslado, por lo que la decisión proferida en primera instancia desconoce los principios de *irretroactividad de la ley* y de seguridad jurídica. Considera que, como consecuencia de la ineficacia, no es viable ordenar la devolución de los rendimientos porque ello

EXP. 37 2021 00271 01

Marcela Campuzano Cifuentes contra Colpensiones y otro.

configuraría un enriquecimiento sin justa causa debido a que estos resultan superiores a los que se hubieren generado de estar la afiliada vinculada en el régimen de prima media. Asegura que los gastos de administración no están llamados a financiar la pensión y se destinaron en los términos de ley. Sostiene que no procede la indexación pues la devaluación de los dineros es compensada con los rendimientos financieros. Pide se revoque la condena en costas pues ha actuado en estricto apego a la norma procesal¹ (Audiencia

¹ “Gracias señora juez, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho solicitando los honorable tribunal superior de Bogotá en su Sala Laboral revocar esta decisión frente a las impuestas a encontrar mi representada según los siguientes apuntes debo decir en primer lugar es que es cierto que existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado imputables a las faltas de información no obstante la misma Corte Suprema de ha sido suficientemente clara, enfática y reiterativa mencionar que esa línea jurisprudencia o ese precedente pues solo resulta aplicable de manera diferenciada según los supuestos de los que se exige una similitud práctica que en el presente caso no se da como quiera que la demandante sí se traslada al RAIS y lo hizo de forma válida consistente las cargas normativas de los fondos para el año del traslado esto es para el año 95 en ese orden los términos tan rigurosos por los que hoy se pretender aprovechar a mi representada solo ponen impuestos posteriormente y en ese orden las declaraciones y condenas en su contra lo único que hacen es desconocer el principio de retroactividad de la ley de seguridad jurídica ahora bien en lo relativo a la orden de devolución de rendimiento decir que no resulta coherente declarar una eficacia en cierto sentido si nosotros no precisamente porque en estricto derecho a la consecuencia jurídica de esas figuras declarar Pues que negocio jurídico nunca se celebró en ese orden los frutos producto de la gestión de la profesional es que ya mi representada tampoco se generaron debo insistir en que los rendimientos son sumas privativas que pondrían a la señora demandante en una condición mejor y diferente a la que tendría en el régimen de prima media configurantes de entre otras un enriquecimiento sin justa causa ahora bien debe tenerse en cuenta que respecto de Colpensiones precisamente el fondo Entonces se acaba la calidad de agente oficioso involuntario y lo hizo en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 el código civil porque precisamente creyendo en administrar su propia actividad administrar los negocios de otro en este caso manejo los aportes de una afiliada de tal manera que la ineficacia del acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que hubieran sido generados de haber sido gestionados como inicialmente se pretendía por el encargado y eso es así la agencia involuntaria pues debe dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida lo cual se traduce que solamente debería estar Entonces el fondo obligado a entregar a Colpensiones los rendimientos Pero los rendimientos que hubieran tenido los aportes de haber sido inicialmente obtenidos estando en esa entidad y allí que para efectos de la unificación en relación con los traslados de los recursos sea tan importante tener en cuenta la rentabilidad mínima las reservas de Colpensiones De tal suerte que es precisamente Pues con base los pronunciamientos de la honorable corte que en caso declarada ineficaz una afiliación al RAIS constituiría un híbrido absolutamente extraño alejado de los efectos jurídicos de la ineficacia exigirle al fondo entregar Colpensiones precisamente los recursos de una cuenta ahorra individual con los rendimientos financieros obtenidos en el RAIS cuando lo que se ha manejado por parte de la doctrina de la corte es que las cosas deben retornar a su estado anteriormente precisamente en segundo lugar debo decir que aunque el tribunal conserve la o mantenga firme la orden de devolución de rendimientos financieros causados en el RAIS y no los que se hubieran causado en el régimen de prima media pues es necesario autorizar el descontar las restituciones mutuas a que haya lugar porque independientemente del motivo que da lugar a la ineficacia al fondo de precisamente debe reconocerse los gastos de administración que ha hecho favor de la afiliada para generarle esos mismos rendimientos financieros Y es que insisto de observarse que el fondo administra unos recursos que hoy por hoy tiene que devolver o sensiblemente aumentados y debe dar lugar a una compensación económica so pena de que un traslado plano de los mismos de Colpensiones solo conlleva a un enriquecimiento sin justa causa a favor del régimen de prima media a un régimen que se termina beneficiando de una administración que deben anularse no hizo por los periodos que hoy sí pretenden anularse en este es menester traer a colación lo dispuesto para el artículo 1746 de código civil en donde se indica que según o más bien según el cual en la restituciones

EXP. 37 2021 00271 01
Marcela Campuzano Cifuentes contra Colpensiones y otro.

virtual, récord 01:22:33 archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

mutas igualmente cada parte se hace responsable de los deterioros y es en estos casos como los afiliados deben asumir incluso que los gastos de administración sin ser dinero llamados a financiar su pensión de vejez se destinaron en los términos de ley precisamente la correcta administración de sus aportes generándole hasta la fecha presenta unos rendimientos que no que sean reconocido de manera inexcusable igualmente sucede a mí representada que el traslado de regímenes de dineros entre régimen se hacen los términos planteados por el artículo séptimo del decreto 3195 de 2008 y consideramos que existían una norma que regula la situación no existe ninguna razón atendible para apartarse de esa Norma incluir conceptos que no contiene y que por razones de lógica dependiendo de su naturaleza son un límite a los efectos retroactivos de la eficacia finalmente señor magistrados en lo relativo a la orden de devolución de sumas provisionales debo decir que los dineros destinados en validez y sobrevivencia precisamente fueron dineros trasladados en sus momentos a las respectivas aseguradoras con los que la señora demandante durante toda su afiliación frente a esos esas dos contingencias o sea que igualmente son dineros que cumplieron la finalidad de ley sin que resulte hoy por hoy admisibles su evolución teniendo en cuenta que no puedes conocerse que hay una imposibilidad de material que son dineros que ya no están en nuestro poder y que precisamente con la declaratoria de la unidad y prestaciones que por su misma naturaleza no pueden retratar si son una excepción o más bien a los efectos retroactivos de la figura finalmente señor magistrados debe advertirse Por parte muy representada que resulten procedente de la condena sobre indexación de casos de administración insumos previsionales como quiera que ante la eventual orden y confirmación de condena sobre el renta de rendimientos Pues los rendimientos financieros son sumas superiores a esa eventual orden y permiten de por sí a Colpensiones dar o cubrir el reconocimiento pensional con un bien mejorado producto de la profesional gestión que hiciera el fondo mismo bien que precisamente cubre cualquier tipo de indexación o valor adicional porque se pretenda someter a Porvenir en lo que atañe costas y agencias en derecho es decir que es estimada en eficacia el traslado era desestimarse la condena en costas de conformidad con lo establecido por el artículo 365 el estatuto procesal Y solicitó muy respetuosamente al despacho al honorable tribunal observar como Porvenir concurre en estricto apego la normativa procesal en ejercicio de derecho de su defensa siendo que atendiendo el esfuerzo por el artículo 112 de La Ley 100 mi cliente se encontraba rechaza la manifestada por la actor para el año del traslado es para el año 95 en esos términos de sustentado el recurso de apelación gracias señora juez”.

EXP. 37 2021 00271 01
Marcela Campuzano Cifuentes contra Colpensiones y otro.

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 30² años de edad y había cotizado 185.7³ semanas (entre tiempos públicos y privados), para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 3 años 1 mes y 2 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba

² Nació el 17 de julio de 1964.

³ Ver historia laboral expedida por PORVENIR, folios 31 a 38 archivo 09 del expediente digital, primera instancia.

⁴ *Ibídem*.

EXP. 37 2021 00271 01
Marcela Campuzano Cifuentes contra Colpensiones y otro.

a menos de diez años de cumplir la edad mínima de pensión (tenía 56 años de edad, folio 48 del archivo 01 y archivo 02 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{5, 6}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

EXP. 37 2021 00271 01

Marcela Campuzano Cifuentes contra Colpensiones y otro.

este sentido: (i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”;* (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) y -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR (antes HORIZONTE) no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo

EXP. 37 2021 00271 01
Marcela Campuzano Cifuentes contra Colpensiones y otro.

exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según dijo un asesor llegó a la oficina y en una reunión grupal se le indicó que era importante cambiarse de sistema de pensiones, que el ISS se iba a terminar y que iban a poder retirar la plata incluso antes de que se pensionara, que era un ahorro individual lo que era mejor que estar supeditado a la incertidumbre del seguro social en ese momento (ver archivo 15 del expediente digital, récord 23:35).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución del capital ahorrado junto con los rendimientos, comisiones, gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

EXP. 37 2021 00271 01
Marcela Campuzano Cifuentes contra Colpensiones y otro.

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan, por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a PORVENIR, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas

EXP. 37 2021 00271 01

Marcela Campuzano Cifuentes contra Colpensiones y otro.

para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

2. CONFIRMARLA en todo lo demás.

3. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado