

Exp. 02 2015 00581 01

José de Jesús Arrieta Fajardo contra Independence Water and Mining S.A.S –IWM.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ DE JESÚS ARRIETA
FAJARDO CONTRA INDEPENDENCE WATER AND MINING S.A.S. –
IWM.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de julio 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 24 de mayo de 2023 por la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de todas pretensiones incoadas en su contra con las cuales se procuraba el reintegro por estabilidad laboral reforzada en razón de la salud del demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ DE JESÚS ARRIETA FAJARDO presentó demanda, la cual fue objeto de reforma, contra la sociedad INDEPENDENCE WATER AND MINING S.A.S. – IWM, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su despido y, en consecuencia, se disponga su reintegro a un cargo de igual o mejor categoría y atendiendo a las restricciones médico laborales, junto con la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y el pago de los salarios, aportes a seguridad social y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la terminación del contrato de trabajo hasta cuando se haga efectiva su reintegro.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 17 de octubre de 2009 suscribió contrato de trabajo de término indefinido con la empresa

INDEPENDENCE DRILLING S.A., sociedad que se escindió sin disolverse y transfirió parte de su patrimonio a INDEPENDENCE WATER AND MINING S.A. IWM (hoy S.A.S.) mediante escritura pública No. 076 de la Notaría 46 del Círculo de Bogotá del 24 de enero de 2012. Asegura que el cargo desempeñado fue el de *ENCUELLADOR AGUA*, su último salario fue de \$1.189.760 mensuales, su jornada laboral era de lunes a lunes de 6:00 a.m. a 06:00 p.m. laborando veintiún (21) días con descanso de siete (7) días, y que prestaba sus servicios en Santa Marta y Sabana Larga. Indica que en el año 2011 empezaron síntomas de dolor lumbar, y en mayo de 2013, luego de una radiografía de *columna lumbosacra*, fue diagnosticado con *enfermedad inflamatoria del disco intervertebral L5-S1*. Sostiene que, de acuerdo con la calificación que hizo la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el 29 de enero de 2015, presenta *abombamiento del anillo fibroso del disco L5-S1 hernias protruidas mínimas centrales en L3-L4, L4-L5 y L5-S1, cambios osteoartrosicos facetarios en L5-S1*. Manifiesta que el 6 de febrero de 2014 la EPS Saludcoop E.P.S. comunicó el inicio del proceso de calificación de origen y la remisión a valoración por medicina laboral con diagnóstico: *LUMBALGIA MECÁNICA CRÓNICA, OSTEOCONDROSIS INTERVERTEBRAL DE L3 L4 L5 L5S1*, y, en esa misma fecha, se emitieron recomendaciones médico-laborales en virtud de las cuales su empleador lo cambió de puesto de trabajo asignándole la función de vigilante. Asevera que el 26 de junio de 2014 la EPS calificó su enfermedad como de origen profesional, y el 24 de noviembre de ese mismo año la ARL dictaminó que es de origen común, por lo que el expediente fue remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá para dirimir las diferencias. Relata que el 9 de enero de 2015 la empresa demandada tomó la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa con el reconocimiento de la respectiva indemnización, a sabiendas de que estaba pendiente la calificación del origen de su enfermedad, y sin pedir permiso de la oficina del trabajo. Aduce que en su *emane* de egreso se le recomienda continuar con manejo sintomático de patología de columna por EPS. Advierte que la Junta Regional de Calificación de Invalidez en su dictamen determinó finalmente que la enfermedad *discol lumbar* y la *artrosis facetaria* son de origen laboral (ver demanda folios 2 a 19 y 283 a 302, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Exp. 02 2015 00581 01

José de Jesús Arrieta Fajardo contra Independence Water and Mining S.A.S –IWM.

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por INDEPENDENCE WATER AND MINING S.A.S. a través de apoderado judicial. Aceptó los hechos relativos al contrato, sus extremos, el cargo desempeñado, el último salario, la escisión de la empresa, la comunicación del inicio del proceso de calificación de origen de la enfermedad, las recomendaciones médicas emitidas a favor del demandante, el pago de la liquidación y el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, y la tutela concedida a favor del actor por el derecho de petición. Los demás los negó o dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que el contrato de trabajo del demandante terminó legalmente en uso de la facultad establecida en el artículo 64 del C.S.T. previo el correspondiente pago de la indemnización señalada para tal fin, y por ello no se puede declarar ineficaz la terminación. Aduce que a la finalización del contrato el demandante no se encontraba incapacitado, ni en estado de discapacidad, ni se le había diagnosticado una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 25%, por lo que no se cumplen los requisitos exigidos por la Corte Suprema de Justicia para ser considerado sujeto de la protección laboral establecida en la Ley 361 de 1997. Asegura que en vigencia de la relación laboral dio cabal cumplimiento a sus obligaciones, y pagó en debida forma el salario y las prestaciones del demandante, y que no requería autorización del Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*, buena fe, pago, cobro de lo no debido, prescripción y compensación (ver contestación folios 104 a 120 y 318 a 319, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de mayo de 2023, en la cual la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá, ABSOLVIÓ a la demandada de todas pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión concluyó que si bien el demandante tenía un diagnóstico y recomendaciones médicas, conforme a los criterios de la Ley 361 de 1997 y la jurisprudencia de la Corte, no se probó que para la fecha de terminación del contrato fuera un sujeto de protección constitucional o que tuviera una disminución en la capacidad laboral que lo hiciera acreedor de la garantía

Exp. 02 2015 00581 01

José de Jesús Arrieta Fajardo contra Independence Water and Mining S.A.S –IWM.

reclamada pues no tenía incapacidad alguna, aunado a que la calificación de su pérdida de capacidad laboral se dio en el trámite el proceso y en ella se dispuso una PCL del 13%, que no supera los porcentajes determinados para ser beneficiario de la norma, estructurada el 16 de enero de 2015, esto es, luego de finalizado el vínculo laboral. Además, dijo, tampoco se acreditó que la relación laboral hubiera terminado por la limitación física del demandante, lo que desdibuja el nexo causal entre ambos hechos.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada. SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior ABSOLVER a la demandada INDEPENDENCE WATER AND MINING S.A.S. de todas las peticiones incoadas en su contra por el demandante el señor JOSÉ DE JESÚS ARRIETA FAJARDO conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante dentro de las que se incluirán por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente. CUARTO: Dadas las resultas de la decisión, en caso de no ser apelado consúltese con el superior”* (Audiencia virtual, archivo No. 14 del expediente digital, minuto 23:46)

CONSULTA

Por ser esta providencia totalmente desfavorable al demandante, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del C.P.T. y SS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que el 17 de octubre de 2009 el demandante suscribió un contrato de trabajo con la empresa INDEPENDENCE DRILLING S.A., sociedad que fue sustituida patronalmente el 29 de febrero de 2012 por INDEPENDENCE WATER AND MINING S.A.S. (folios 55, 122, 125 y 139 a 142 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia; (ii) que

la relación laboral finalizó el 9 de enero de 2015 por decisión unilateral y sin justa causa del empleador, con el pago de la indemnización correspondiente (folios 51, 53, 126, 127, ibídem); (iii) que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen No. 11051186-16654 del 16 de noviembre de 2016, calificó al demandante con una pérdida de capacidad laboral del 13%, estructurada el 16 de enero de 2015, por las patologías de origen laboral *OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES y TRASTORNOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES* (archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

El Tribunal debe definir si el demandante tiene derecho a la estabilidad reforzada que regula la Ley 361 de 1997 y, en consecuencia, si procede el reintegro con el consecuente pago de los salarios dejados de percibir, seguridad social, y la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato del trabajo cuando tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador, salvo que medie una autorización de la oficina del Trabajo.

La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago, a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar. Sin embargo, al estudiar su contenido, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo, carece de efecto jurídico y en consecuencia también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la Ley 361 no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para trabajar y son despidos por dicha causa¹.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

A su vez la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la jurisprudencia nacional en la interpretación de normas legales vigentes frente a casos concretos, ha entendido que las “*personas limitadas*” a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que han sufrido una reducción en su capacidad laboral considerable frente a las funciones asignadas², o que por otras razones se encuentren en un estado de debilidad manifiesta. Dispuso así la Corte Suprema de Justicia unos parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuáles personas son objeto de la protección especial de la Ley, asumiendo que no toda afectación en la salud del trabajador ni toda limitación de su capacidad de trabajo generan una dificultad cierta para la reinserción en el sistema competitivo laboral, que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997.

Entiende también la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que el reintegro procede siempre y cuando el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo haya tenido como causa *real* o eficiente la situación de salud del trabajador. En la sentencia SL1152-2023 señaló: “*Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997*”.

Otorgar estabilidad reforzada a trabajadores que sufren limitaciones mínimas en la discapacidad, o a personas cuyo contrato termina por causas diferentes a esa incapacidad, traería un efecto contrario al pretendido por la Ley y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues las cargas adicionales que

² SL 10538 de 2016. M.P Fernando Castillo Cadena “*Con las precisiones que anteceden, el Tribunal sí incurrió en los desaciertos fácticos y jurídicos que le endilga el censor, al exigirle a la demandada la autorización del Ministerio del Trabajo para poder despedir a la demandante, sin que existiera certeza de la limitación o discapacidad en el porcentaje que se exige para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues el «stress laboral» que padecía la actora y la solicitud de reubicación laboral que se le formuló al empleador, no son suficientes para considerarla como una trabajadora con limitación física, psíquica o sensorial en los grados a que se refiere la norma en cita, máxime que en el sub judice, como lo destacó el mismo Juzgador de la apelación, la demandante no fue incapacitada, ni se le diagnosticó médicamente discapacidad alguna para el momento de su desvinculación*”.

deban afrontar los empleadores que vinculen personas con discapacidad implicaría para estas personas, en la práctica, menores posibilidades de acceso a los empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

En este orden de ideas, para otorgar la protección que asigna la referida Ley a un caso concreto el juez debe tener certeza sobre una discapacidad relevante del trabajador para cumplir las funciones asignadas en el contrato de trabajo, o de una situación de debilidad para el momento del despido, y debe tener certeza de que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en dicha incapacidad o debilidad.

Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra que el empleador conocía la pérdida de capacidad o de una situación de debilidad manifiesta en el trabajador. Tal presunción se puede desvirtuar por el empleador, si aporta prueba que demuestre la existencia de otras causas eficientes de terminación del contrato de trabajo³.

Con estas reglas normativas y de interpretación, y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues no se probó que la situación de salud del demandante implicara una limitación o restricción para el cumplimiento de las funciones que se le habían encargado *en condiciones regulares*. Tampoco se acreditó que su situación de salud fuera *causa eficiente* de finalización de la relación laboral.

Al respecto, si bien es cierto conforme a la historia clínica que se incorporó al expediente, que desde el 2013 el demandante tenía diagnóstico de *trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía* (folios 30 a 36), no se advierten recomendaciones especiales que se debieran cumplir para la época del despido, ni que se encontrase en licencia por incapacidad temporal, o en cualquier otra circunstancia que le imposibilitara realizar las actividades

³ La presunción de despido discriminatorio a la que se refiere la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como todas las presunciones contempladas en el ordenamiento jurídico, exige de la parte que pretende beneficiarse de ella la prueba de los hechos que la generan, para el caso: la prueba de que existía una limitación cierta en la capacidad de trabajo y que ella era conocida por el empleador

Exp. 02 2015 00581 01

José de Jesús Arrieta Fajardo contra Independence Water and Mining S.A.S –IWM.

propias de su cargo u otras de las mismas características *teniendo en cuenta las precauciones universales para el desarrollo del trabajo*.

Así, aunque el 6 de febrero de 2014 la EPS SALUDCOOP comunicó a INDEPENDENCE algunas recomendaciones médico laborales emitidas al trabajador por los diagnósticos *LUMBALGIA MECÁNICA CRÓNICA, OSTEOCONDROSIS INTERVERTEBRAL DE L3, L4, L5, ABOMBAMIENTO DE L6S1 y HERNIA DISCAL DE L3L4L5L6S1* (folio archivo 01) estas tenían vigencia de 6 meses –hasta agosto de 2014-, y no hay prueba alguna en el plenario que de cuenta de su prórroga. Además, en la demanda se confesó que la demandada atendió tales restricciones médico laborales y por ello cambió el puesto de trabajo y asignó la función de vigilante (hecho 22, folio 6 ibídem).

Dice la Corte en la sentencia antes referida (SL1152-2023): “*Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. (...)*”.

Aunado a lo anterior, de acuerdo con el último concepto de aptitud médico ocupacional expedido el 27 de enero de 2014, JOSÉ DE JESÚS ARRIETA FAJARDO no tenía *condiciones de salud que interfieran su capacidad para el cargo y era apto sin limitaciones* (folio 124), y la última incapacidad incorporada a estas diligencias, de fecha 12 de diciembre de 2013, se emitió por cinco (5) días por el diagnóstico M-518 (folio 39, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por otra parte, si bien el demandante se encuentra calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una pérdida de capacidad laboral del 13% (archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia), tal disminución fue determinada en fecha posterior a la terminación del contrato de trabajo y se estructuró en una calenda posterior a la finalización del contrato.

Exp. 02 2015 00581 01

José de Jesús Arrieta Fajardo contra Independence Water and Mining S.A.S –IWM.

En consecuencia, no se puede entender que el despido del demandante hubiera tenido como causa su estado de salud, y por ello, aun cuando el contrato hubiera terminado por decisión unilateral del empleador, no procede el reintegro demandado.

SIN COSTAS en la consulta.

Por 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. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en la consulta.

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. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota 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 LUZ MARINA VEGA LA ROTA 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. (ANTES OLD MUTUAL) Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 29 de mayo de 2023 por el Juez Cuarto (04°) 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, LUZ MARINA VEGA LA ROTA 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

EXP. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota vs Colpensiones y otros.

nulidad y/o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro individual realizado mediante la afiliación a la AFP PROTECCIÓN en julio de 1994, y del posterior traslado horizontal efectuado a SKANDIA, por cuanto existió error de hecho que vició su consentimiento y, además, se incumplió con el deber de información debido a que no se le informó sobre las implicaciones de trasladarse, las ventajas o desventajas de afiliarse al RAIS o los distintos escenario comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional. En consecuencia, pide que se declare que la entidad a la que se encuentra legalmente afiliada es COLPENSIONES, que se condene a PROTECCIÓN y a SKANDIA a registrar en su sistema de información que no efectuó ninguna vinculación válida a esas administradoras y a devolver todas las sumas de dinero que figuren en su cuenta de ahorro individual tales como bonos, aportes, rendimientos, etc., y a COLPENSIONES a actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS (ver demanda folios 1 a 38 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PROTECCIÓN S.A., se opuso 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 forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación al estar establecida la formula en la Ley 100 de 1993. Refiere que no existen vicios del consentimiento y que la actora 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

EXP. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota vs Colpensiones y otros.

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 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, traslado de la totalidad de los aportes a AFP Skandia, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPS convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen*, y la genérica (ver contestación folios 2 a 23 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la afiliación de la demandante goza de plena validez al cumplir con todos los parámetros legales exigidos para la época de traslado. Señala que el traslado realizado con la entidad no presenta ninguna irregularidad y que brindó toda la información pertinente para que la demandante tomara la mejor decisión, lo que se encuentra probado con el formulario de afiliación. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (ver contestación folios 2 a 27 del archivo 9 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 la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria en ejercicio de su derecho a la libre escogencia de régimen. Afirma que el traslado obedeció a la información brindada por los asesores de la AFP primigenia, y que de las documentales allegadas no se evidencia algún vicio del consentimiento. Sostiene que la demandante actuó de manera negligente al no consultar su situación pensional y que un error de derecho no vicia el consentimiento. En su defensa propuso las excepciones que denominó: *inoponibilidad de la*

EXP. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota vs Colpensiones y otros.

responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso 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, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (ver contestación folios 2 a 22 del archivo 11 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., llamamiento que si bien se admitió por auto del 20 de septiembre de 2021 (archivo 16, ibídem.) se declaró *ineficaz* por auto del 1 de noviembre de 2022 (archivo 24).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de mayo de 2023, mediante la cual el Juez Cuarto (04°) 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 del régimen pensional que LUZ MARINA VEGA LA ROTA realizó a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN

EXP. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota vs Colpensiones y otros.

S.A. en 1994. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP SKANDIA a devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a dicha administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se adelante, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas. SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas PROTECCIÓN y SKANDIA S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de 1/2 SMMLV a cargo de PROTECCIÓN y 1/2 SMMLV a cargo de SKANDIA. SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral” (Audiencia virtual, récord 37:15, archivo 33 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

EXP. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota vs Colpensiones y otros.

En el recurso de SKANDIA, pide que se revoque la condena a la devolución de los gastos de administración y las primas de seguro previsional, debidamente indexados. Afirma que con la devolución de los gastos de administración se vulneran los principios constitucionales de buena fe, confianza legítima y debido proceso por ser la administradora la titular de estos recursos, además no hay lugar a la devolución de las primas de seguro previsional por haber gozado la demandante de la cobertura y por no estar el dinero en sus arcas, ni a la indexación porque la inflación no afectó los recursos de la cuenta de ahorro individual (Audiencia virtual, récord 39:05, archivo No. 33 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que la demandante contaba con los medios y capacidades para informarse y comprender que era lo que estaba suscribiendo, y que la negativa a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada se fundamenta en la prohibición legal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Asegura que la declaratoria de la ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados¹ (Audiencia virtual, récord 43:40, archivo No. 33 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación parcial ante los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral este con relación a que se modifique y se declare que de prosperar la ineficacia de la afiliación se debe trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorros de la demandante junto con los gastos de administración teniendo en cuenta que si las cosas deben volver a su origen natural pues no sería procedente que dichos gastos queden ante los fondos privados, Al igual pues honorable sala es pertinente resaltar la sentencia SL 1421 del 2019 del magistrado ponente Doctor Gerardo Botero Zuluaga en las cuales se señala claramente que es un deber trasladar a Colpensiones los gastos de administración en razón a que los mismos pues fueron el resultado de una conducta indebida al momento del traslado de modo que no se puede permanecer pues a sus arcas si no se deben de retornar al régimen de prima media bajo estos mismos argumentos también pues resulta viable la orden a la AFP de reintegrar a Colpensiones con cargos de sus propios recursos por los valores utilizados en seguros previsionales, cuotas de garantía de pensión mínima, sumas todas estas que deben pagarse debidamente indexadas esta postura fue reiterada también en la sentencia SL 2611 el primero de julio del 2020 también con ponencia del Doctor Gerardo Otero Zuluaga en la que reafirma que por cuenta de la ineficacia pues las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de ocurrir el traslado de régimen señaló la sentencia tácitamente por lo cual me permito abrir comillas “Conforme a lo discurrido fuerza a concluir entonces que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este es decir como si ellos no se hubiera producido lo cual trae como consecuencia que el accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de

EXP. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota 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 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*

1993 y de igual forma que la AFP deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al instituto de seguros sociales hoy Colpensiones aspectos sobre el cual ya la sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores pudiéndose traer a colación la sentencia SL 17595 del 2017 donde se rememoró la Corte Suprema de Justicia el 8 de septiembre del 2008 en radicado 31989 cierro comillas teniendo en cuenta lo anterior honorable de sala solicitó con todo respeto pues se revoque parcialmente el fallo de primera instancia y de proceder la ineficacia de la afiliación pues se trasladen todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante pues junto con los valores claramente de los gastos de administración pues esto con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones general bajo el régimen de prima media de esta forma dejó sustentado mi recurso de apelación muchas gracias honorable sala gracias señoría.

EXP. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota vs Colpensiones y otros.

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 28² años de edad y había cotizado 294,57³ 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 5 años, 4 meses y 14 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 53 años de edad- ver folio 41 y 176 del archivo 01 del del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

² Nació el 16 de julio de 1966.

³ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folio 43 a 44 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁴ *Ibídem*.

EXP. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota vs Colpensiones y otros.

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 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*

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. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota vs Colpensiones y otros.

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 de la demandante, pues DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento

EXP. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota vs Colpensiones y otros.

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 lo mejor era estar afiliada a un fondo privado, pero no le informaron cuáles eran las características o funcionamiento del RAIS (Audiencia virtual del 29 de mayo de 2023, archivo 32 del expediente digital, récord 6:55).

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 la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual

EXP. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota vs Colpensiones y otros.

con solidaridad de la demandante incluyendo aportes y rendimientos, así como los gastos de administración, primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados que se encuentren a cargo de esta y de PROTECCIÓN (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).

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.

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. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota 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. 04 2020 00041 01
Luz Marina Vega La Rota 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.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [illegible]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 04 2021 00530 01
Nidya Benavides Sánchez vs Politécnico Grancolombiano

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NIDYA BENAVIDES SÁNCHEZ
CONTRA POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de julio 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 el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia dictada el 21 de abril de 2023 por el Juez Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de todas pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se procuraba el reintegro por estabilidad laboral reforzada en razón de salud de la demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, NIDYA BENAVIDES SÁNCHEZ presentó demanda contra el POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene el reintegro a su cargo o a uno compatible con su estado de salud, con el pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización moratoria y la indexación de las sumas que le sean reconocidas.

Como fundamento de lo pedido, afirma que ingresó a laborar el 1 de septiembre de 2008 con la Institución Educativa Superior Politécnico Grancolombiano como asesora de atención al estudiante, mediante un contrato de trabajo a término indefinido que se extendió hasta el 6 de julio de 2021. Relata que en vigencia de la relación laboral adquirió la enfermedad

EXP. 04 2021 00530 01
Nidya Benavides Sánchez vs Politécnico Grancolombiano

EPILEPSIA, situación conocida por su empleador. Sostiene que laboró en varias áreas, sin embargo, por sus crisis recurrentes se dificultó sustancialmente el desempeño en condiciones regulares debido a las incapacidades y las secuelas de su enfermedad. Informa que fue trasladada al área de recursos humanos al cargo de analista de formación, a partir del 1 de abril de 2021, allí la jefe inmediata se mostraba incomoda y molesta por su situación de salud y por las incapacidades siendo la ultima el 22 de junio de 2021 por una afección renal, lo que le generó una situación de estrés y angustia que afectó su salud y que considera fue un acto discriminatorio. Informa que al final de la jornada del día 2 de julio de 2021 fue convocada a una reunión virtual con sus jefes -ANDREA CAROLINA CARMONA GUERRA, jefe inmediato y ELOINA DURAN ESCOBAR directora de Administración Laboral-, quienes le informaron que la universidad se encontraba atravesando un momento difícil y algunos cargos serian suprimidos y por ello el contrato de trabajo sería terminado, en esa reunión le pusieron de presente un acuerdo transaccional y le aseguraron le convenía suscribir. Ante la negativa de la demandante le fue informado que el contrato terminaba de manera unilateral y sin justa causa. El día 4 de agosto de 2021 le fue consignada la suma de \$20.283.100 junto con las demás acreencias. Relata que el mismo día de la terminación del vínculo fue publicada en la página de la universidad la bienvenida a nuevos colaboradores en cargos como el de ASESOR CSU, sin que se le hubiera dado la oportunidad de reubicación. Precisa que tiene 52 años de edad y no puede acceder a un trabajo en condiciones regulares, ni cuenta con el cubrimiento de una EPS, lo que pone en riesgo su salud y vida. Asegura que promovió acción de tutela contra la universidad para la defensa de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, trabajo, seguridad social, igualdad, dignidad humana, mínimo vital, debido proceso y la estabilidad laboral reforzada, la que negada (ver demanda folios 3 a 20 del archivo No. 01 y subsanación demanda archivo 06 expediente digital).

Notificada de la demanda y descorrido el traslado legal, la INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO la contestó mediante apoderado, quien aceptó la vinculación laboral de la demandante. Se opuso a las demás pretensiones con sustento en que no están acreditadas las condiciones para que se declare que la demandante gozaba de una estabilidad

EXP. 04 2021 00530 01
Nidya Benavides Sánchez vs Politécnico Grancolombiano

laboral reforzada pues no se encontraba calificada la PCL y su desempeño no se vio afectado por su patología. Dijo que las incapacidades, si bien fueron frecuentes, no se originaron en la patología alegada y padecida por la demandante -EPILEPSIA-. Informa que la terminación del vínculo tuvo origen en la reorganización de la institución por la cual se finalizaron y/o no se renovaron otras 54 vinculaciones laborales, entre ellas la de la demandante. En su defensa propuso las excepciones de *inexistencia de la estabilidad ocupacional reforzada y efectividad de la terminación del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación de pagar salarios y prestaciones sociales, inexistencia de nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el hecho de que (sic) el demandante sea portador del virus del VIH, buena fe de la institución, compensación, enriquecimiento sin causa y mala fe de la demandante y la genérica* (Folios 2 al 35, archivo No. 10 del expediente digital, trámite de primera instancia.)

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de abril del 2023, por medio de la cual el Juez Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ las pretensiones de la demanda y condenó a la demandante a pagar las costas del proceso. Para tomar su decisión la Juez no encontró probada una afectación grave en la salud, o una limitación producida por la enfermedad alegada que incidiera en el desarrollo de las funciones para el momento del despido, tampoco que existieran recomendaciones médicas, de lo cual concluyó que no era un sujeto de especial protección constitucional de estabilidad reforzada por salud.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER al POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO de todas las pretensiones formuladas por NYDIA BENAVIDES SÁNCHEZ. SEGUNDO: Por el resultado del proceso, el Juzgado considera innecesario manifestarse sobre las excepciones propuestas. TERCERO: CONDENAR en costas a la parte actora. Se fija como agencias en derecho la suma de 1/4 SMLMV. CUARTO: En caso de no ser apelada esta decisión, remítase el expediente en el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior.”* (Audiencia virtual, archivo No. 36 del expediente digital, minuto 17:40)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la DEMANDANTE pide que se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda. Dice que dentro del plenario existe prueba suficiente de los requisitos para que le sea reconocida la estabilidad laboral reforzada deprecada, además considera le fueron vulnerados sus derechos al trabajo, a la salud y a una vida en condiciones dignas, lo que ha sido objeto de reconocimiento por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así como de la Corte Constitucional. Arguye que se demostró que la demandante fue discriminada y no se tuvieron en cuenta las múltiples incapacidades al momento del despido, además, pudo haber sido reubicada en los cargos que ofertó la universidad¹ (Audiencia virtual, récord 18:14 archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1 de septiembre de 2008 hasta el 6 de julio de 2021 (ver página 23 a 25 y página 133 archivo 01); (ii) que el vínculo terminó por decisión unilateral sin justa causa por parte del empleador, con el pago de la indemnización correspondiente (ver página 133 y 141 archivo 01).

¹ “Si su señoría presento recurso de apelación de la sentencia que acaba de presentar su señoría teniendo en cuenta que existen suficientes reparos que tienen que ver con su sentencia su señoría en los cuales contrario a lo dicho por usted si hay pruebas suficientes dentro del proceso que demuestran que mi mandante cumplía con todos los requisitos para que se le reconociera la estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta y que cumple con todas las especificaciones y todo lo que tiene que ver con este reconocimiento de acuerdo a la jurisprudencia y que además con la actuación de la parte actora de ser despedida si se le vulneran todos sus derechos al trabajo a la salud a una vida en condiciones dignas todos estos reconocidos en múltiples jurisprudencias tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la corte constitucional y que también hay pruebas suficientes dentro del proceso que acreditan que sí fue discriminada habida cuenta de que se demostró que a pesar de que Nidia presentó su enfermedad muchas incapacidades estas no se tuvieron en cuenta en el momento de su despido pudiendo haber sido reubicada en una de los cargos que tenía disponibles y que fueron inclusive contratados con posterioridad a la compañía de igual manera también la empresa la discrimina porque la traslada de unos cargos donde ella atendía a los estudiantes a uno en talento humano con el único propósito de ya hacerle su despido su señoría ampliaré todos estos argumentos en el momento procesarlo oportuno en que se me corre el traslado para la sustentación de mi apelación, muchas gracias señoría. ”

EXP. 04 2021 00530 01
Nidya Benavides Sánchez vs Politécnico Grancolombiano

El Tribunal debe definir si la demandante tiene derecho a la estabilidad reforzada que regula la Ley 361 de 1997, y si procede el pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato del trabajo cuando tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador, salvo que medie una autorización de la oficina del Trabajo. La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago, a título de indemnización, de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones adicionales a las que hubiere lugar. Sin embargo, al estudiar su contenido, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo, carece de efecto jurídico y en consecuencia también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la Ley 361 no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para trabajar y son despidos por dicha causa².

A su vez la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la jurisprudencia nacional interpretando las normas legales vigentes frente a casos concretos, ha entendido que las “*personas limitadas*” a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que han sufrido una reducción en su capacidad laboral que sean *relevantes* frente a las funciones asignadas³. Dispuso así la Corte Suprema de Justicia unos

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³ SL 10538 de 2016. M.P. Fernando Castillo Cadena “*Con las precisiones que anteceden, el Tribunal sí incurrió en los desaciertos fácticos y jurídicos que le endilga el censor, al exigirle a la demandada la autorización del Ministerio del Trabajo para poder despedir a la demandante, sin que existiera certeza de la limitación o discapacidad en el porcentaje que se exige para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues el «stress laboral» que padecía la actora y la solicitud de reubicación laboral que se le formuló al empleador, no son suficientes para considerarla como una trabajadora con limitación física, psíquica o sensorial en los grados a que se refiere la norma en cita, máxime que en el sub judice, como lo destacó el mismo Juzgador de la apelación, la demandante no fue incapacitada, ni se le diagnosticó médicamente discapacidad alguna para el momento de su desvinculación*”

parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuáles personas son objeto de la protección especial de la Ley y cuales no, asumiendo que no toda afectación en la salud del trabajador ni toda limitación de la capacidad de trabajo, generan una dificultad cierta para la reinserción de los trabajadores en el sistema competitivo laboral, que es en últimas el objeto protegido por la Ley 361 de 1997.

En consecuencia, el reintegro procede siempre y cuando se demuestre una reducción en la capacidad laboral que sea *relevantes* frente a las funciones asignadas, y se demuestre que la terminación del contrato de trabajo tuvo como causa *real* o eficiente la situación de salud del trabajador. Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra que el empleador conocía la pérdida de capacidad o de una situación de debilidad manifiesta en el trabajador. Tal presunción se puede desvirtuar por el empleador, si aporta prueba que demuestre la existencia de otras causas eficientes de terminación del contrato de trabajo⁴.

En la sentencia SL1152-2023 la Corte señaló: *“Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997”*.

Otorgar estabilidad reforzada a trabajadores que sufren limitaciones mínimas en la discapacidad, o a personas cuyo contrato termina por causas diferentes a una incapacidad, traería un efecto contrario al pretendido por la Ley y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues las cargas adicionales que deban afrontar los empleadores que vinculen personas con discapacidad

⁴ La presunción de despido discriminatorio a la que se refiere la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como todas las presunciones contempladas en el ordenamiento jurídico, exige de la parte que pretende beneficiarse de ella la prueba de los hechos que la generan, para el caso: la prueba de que existía una limitación cierta en la capacidad de trabajo y que ella era conocida por el empleador.

implicaría para estas personas, en la práctica, menores posibilidades de acceso a los empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

Con estas reglas normativas y de interpretación, y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues la demandada probó que la situación de salud de la demandante no implicaba una limitación o restricción para el cumplimiento de las funciones que le habían sido encargadas a la trabajadora en condiciones regulares, ni probó que su situación de salud fuera la *causa eficiente* de finalización de la relación laboral.

Al respecto es claro que si bien la demandante fue diagnosticada con EPILEPSIA, tal como se desprende de la copia de la historia clínica aportada al expediente, la enfermedad que padecía no le impedía desempeñar su trabajo habitual, lo que deduce del certificado médico de fecha 1 de agosto de 2019 (ver páginas 46 y 47 archivo 10 trámite de primera instancia del expediente digital) según el cual *“de acuerdo al examen ocupacional realizado a NIDYA BENAVIDES SANCHEZ con documento de identificación No. 52020589 se considera presenta una alteración en su estado de salud, que no le impide desempeñar su trabajo habitual”*, esto es, bien podía realizar las actividades propias de su cargo o de otro de las mismas características.

No tenía recomendaciones especiales al momento del despido, ni se encontraba en licencia por incapacidad temporal, pues la última incorporada a estas diligencias de fecha 22 de junio de 2021 se emitió por tres (3) días por un diagnóstico diferente a la patología antes reseñada⁵ (página 116 del archivo 01 y página 64 archivo 10 del expediente digital). En todo caso, la última incapacidad por el diagnóstico de EPILEPSIA, fue el 19 de febrero de 2021 por cinco (5) días (ver página 40 archivo 01 trámite de primera instancia).

Además la demandada demostró que mantuvo vigente el contrato de trabajo con NYDIA BENAVIDES, independientemente del diagnóstico de EPILEPSIA,

⁵ DX N209 CALCULO URINARIO NO ESPECIFICADO

pues primera crisis tuvo lugar cuando la demandante tenía 43 años –esto fue en el año 2012- y la relación laboral se extendió hasta julio de 2021, por mas de nueve (9) años. Aunado a ello, según se desprende de la historia clínica (ver páginas 27 a 29 archivo 01)⁶ las crisis -de EPILEPSIA- tenían lugar en promedio cada cuatro (4) meses, situación que se ratifica con lo afirmado por la misma demandante en el interrogatorio de parte quien además dijo que entre uno y otro trabajaba normalmente. Es decir, la demandada demostró que lejos de actuar en contravía de algún derecho de la demandante, como empleador, garantizó todas las prestaciones a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y mantuvo el contrato. Dice la Corte en la sentencia antes referida (SL1152-2023): *“Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. (...)”*, que es lo que, precisamente, se deduce de las pruebas aportadas.

No se desvirtúan las conclusiones anunciadas, con las declaraciones de ANDREA CARMONA y ELOINA DURAN, quienes afirmaron que la demandante realizaba sus labores normalmente con buen desempeño, y que el traslado al área de formación a principios del año 2021, fue por las mismas competencias de la demandante, de igual manera, que la finalización del contrato obedeció a una reestructuración de la universidad.

Además, la demandada probó que la causa eficiente de la terminación del contrato de trabajo fue la reestructuración de su planta de personal. Así lo informó a los trabajadores⁷ la cual la jefe de compensación y diseño organizacional de la demandada: *“se informa a los procesos de Selección, Contratación y Compensación y Diseño Organizacional las plazas que desaparecen de la estructura organizacional del Poli, debido a la estrategia de*

⁶ “Historia de epilepsia. Primera crisis a los 43 años. Semiología de la crisis: vértigo, luego alteración del estado de conciencia, supraversion de la mirada, postura tónica en extensión de miembros superiores con movimientos clónicos, trauma lingual bilateral, duración no especificada, posterior desorientación en espacio, cefalea, con amnesia anterógrada”.

Una crisis durante el sueño, las 2.00 am.

Frecuencia ictal 4 meses

Ultimas crisis en enero 23, previa en febrero/2020 (al) parecer facilitada por estrés.

Anterior en octubre 2019)

⁷ Ver páginas 58 a 61 archivo 10 trámite de primera instancia del expediente digital.

EXP. 04 2021 00530 01
Nidya Benavides Sánchez vs Politécnico Grancolombiano

eficiencia/ahorro en el presupuesto de la cuenta de gasto de personal que solicito el área financiera” eliminando de la estructura el cargo de analista de formación del área de recursos humanos que ocupaba la demandante, lo que se reafirma con las declaraciones rendidas por los testigos ANDREA CARMONA y ELOINA DURAN, y lo confesado por la demandante en el interrogatorio. En todo caso, y frente a la reubicación que pretendía la demandante, resulta suficiente señalar que no se acreditó cual era el perfil del cargo *Asesor CSU* o que la demandante cumpliera con éste.

En consecuencia, no se puede entender que el despido de la demandante hubiera tenido como causa su estado de salud, y por ello, aun cuando el contrato hubiera terminado por decisión unilateral del empleador, no procede el reintegro demandado.

Costas en la apelación a cargo de la demandante.

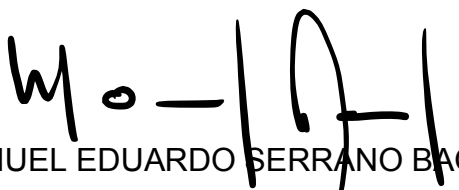
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación 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

EXP. 04 2021 00530 01
Nidya Benavides Sánchez vs Politécnico Grancolombiano


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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. 04 2021 00582 01
Sonia Isabel Castro 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 SONIA ISABEL CASTRO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última la sentencia dictada el 30 de mayo de 2023 por el Juez Cuarto (04) 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, SONIA ISABEL CASTRO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare nulo o ineficaz el traslado del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR efectuado el 1 de julio de 1996, con fundamento en que el fondo omitió el deber legal de proporcionar información veraz y oportuna. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR realizar la anulación o ineficacia del traslado de

EXP. 04 2021 00582 01
Sonia Isabel Castro vs Colpensiones y otro.

régimen y trasladar a Colpensiones los aportes junto con los rendimientos, y a esta última tenerla como afiliada en el RPM sin solución de continuidad, además de emitir resolución pensional con el respectivo retroactivo. De manera subsidiaria solicita el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de PORVENIR S.A. con aplicación de las normas del RPM y la indemnización de perjuicios (ver demanda folios 3 a 17 del archivo No. 01 y subsanación archivo 03 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 las pretensiones de la demanda. Considera que las pruebas allegadas no acreditan falta de información al momento que se efectuó al traslado al RAIS, ni algún vicio del consentimiento. Por el contrario, advierte que la vinculación de la demandante fue libre y voluntaria. Alega que la actora no fue diligente a pesar de sus obligaciones como consumidor financiero, y que la ignorancia de la ley no le sirve de excusa. Sostiene que un error de derecho no vicia el consentimiento. Precisa que la demandante está inmersa en la prohibición de traslado, razón por la cual no puede tenerla como su afiliada. Propuso las excepciones de fondo que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de 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), imposibilidad volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, 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, genérica, falta de legitimación en la causa y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria (folios 2 a 21, archivo No. 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).*

EXP. 04 2021 00582 01
Sonia Isabel Castro vs Colpensiones y otro.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Aduce que la vinculación de la demandante en el fondo privado operó producto de la manifestación de su voluntad, realizada de manera, libre, informada y espontánea, sin que se presentaran vicios en el consentimiento y después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la afiliación. Propuso como excepciones de mérito: *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 en archivo 10 folios 2 a 29 trámite de primera instancia).

Se ordenó la integración de la litis con la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante auto de fecha 5 de septiembre de 2022 (ver archivo 14 trámite de primera instancia del expediente digital).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda. Afirma que la demandante recibió información técnica y adecuada frente a la vinculación, acto que decidió de manera libre, voluntaria y exenta de cualquier fuerza o vicio del consentimiento, por lo que es válido y tiene la naturaleza de un verdadero contrato, como consta en el formulario respectivo, documento que cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994. Se opuso al traslado del capital a Colpensiones. En su defensa, formuló 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará (sic) 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*

EXP. 04 2021 00582 01
Sonia Isabel Castro vs Colpensiones y otro.

de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto, traslado de aportes y la genérica (folios 3 a 24 del archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de mayo de 2023, mediante la cual el Juez Cuarto (04) 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 características, ventajas, desventajas de los regímenes y sus posibles consecuencias futuras que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses, siendo prueba insuficiente el formulario de afiliación. Condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante a partir del retiro del sistema de seguridad social en pensiones. Absolvió de los perjuicios pretendidos ante su falta de demostración.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de SONIA ISABEL CASTRO a la AFP PROTECCIÓN, realizada en el año 1995. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado*

EXP. 04 2021 00582 01

Sonia Isabel Castro vs Colpensiones y otro.

de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada a favor de SONIA ISABEL CASTRO a partir del día siguiente al retiro efectivo del sistema de seguridad social en pensiones de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones incoadas en contra de las entidades demandadas. OCTAVO: CONDENAR en costas a las demandadas PROTECCIÓN y PORVENIR. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1/4 de SMMLV a cargo de PROTECCIÓN y medio SMMLV a cargo de PORVENIR. NOVENO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.” (Audiencia virtual, récord 49:57, archivo 25 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, pide que se revoque la sentencia apelada, arguye que no se dan los presupuestos de la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que en la demanda no se plantearon negaciones indefinidas en contra de la afiliación con esa AFP, y se cumplió con las exigencias previstas para la época del traslado. En relación con la devolución de los rendimientos, señala que no tiene sentido su traslado si este no surtió efecto legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de

EXP. 04 2021 00582 01

Sonia Isabel Castro vs Colpensiones y otro.

administración y primas previsionales, precisa que PROVENIR cumplió el mandato del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Controvierte también la devolución de los emolumentos indexados, pues considera que constituye una doble condena a esa AFP. Pide que se revoque la condena en costas pues su actuar ha sido diligente y de buena fe¹ (Audiencia virtual, récord 51:50, archivo 25 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias señor Juez me permito interponer muy rápidamente y sustentar el recurso ordinario de apelación en contra de la sentencia que acá se profirió solicitando al Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual y frente a todas y cada una de las condenas que se dieron en contra Porvenir conforme a las siguientes consideraciones si bien es cierto el máximo órgano de cierre de la jurisdicción del trabajo ha establecido un presente jurisprudencial advirtió también esta alta corporación que el precedente no se puede aplicar de una manera homogénea e indiscriminada a todos los asuntos donde se solicita la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información en efecto existe una similitud en las condiciones fácticas de cada caso situación que para mí representada no está en el presente asunto como quiera que a lo largo del presente proceso se han demostrado algunas incongruencias que deberán ser valoradas en la segunda instancia procesal como quiera que en la primera premisa es que en la demanda no se plantearon negaciones indefinidas en contra de su afiliación inicial con la AFP Davivir hoy Protección si no pues todas las negaciones indefinidas iban en contra de la afiliación horizontal que se le arrojó la demandante en el año 98 máxime que si bien es cierto la señora demandante argumenta en interrogatorio de parte bajo la grave juramento que no se le sumiso ningún tipo de información referente al sistema general de pensiones las condiciones, acceso y efectos del régimen de ahorro individual con prestación definida como el del RPM también no ha quedado claro para esta presentación como quiera que se le preguntó a renglón seguido por la representación de Protección si recordaba las circunstancias, recordaba la afiliación y la suscripción del documento con esta administradora a lo que afirma repito bajo gravedad de juramento que no recuerda haber suscrito ningún documento con la administradora Davivir hoy Protección por lo tanto queda entre lenguas y efectivamente recibe una capacitación sobre el sistema general de pensiones o únicamente se limitó a decir que no recibió ningún tipo de información máxime cuando todas las pretensiones de la demanda están dirigidas en contra de mi representada en cualquier caso debe exigirse, aclararse no exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia por lo que considera Porvenir no puede ser declarada la ineficacia en el presente asunto. Ahora bien en cuanto a la devolución de los rendimientos debe señalarse que si está siendo declarado ineficaz el traslado el efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que están como rendimientos deben corresponder a los que se hubieran generado en la reserva de Colpensiones y no los que se generaron en las reservas de Porvenir pues no tiene sentido que si el traslado al régimen de ahorro surtió efecto legal se obliga a trasladar los rendimientos propios de este régimen por otro lado en cuanto a la devolución de cualquier suma de gastos administración, comisión suma de seguro previsional debe advertirse que Porvenir cumplió el mandato legal que así le asista a los fondos privados de conformidad con el artículo 20 y siguientes de la Ley 100 del año 93 De tal suerte que fueron diariamente invertidas en la forma en la que sigue la ley y no se fueron descontadas por un capricho de la administradora sino que cumplieron la finalidad cualquier riesgo o de muertes hubiera presentado la señora demandante en su actividad laboral en lo que respecta la devolución de los emolumentos indexados debe tenerse en cuenta que está incurriendo en una doble condena a Porvenir en efecto véase que el fallo condenatorio del numeral segundo está obligando al reintegro de los rendimientos por lo que siempre que sean estos últimos valores que son dineros actuales no puede entonces generarse una entrega también indexada ya que esto generarían una actualización de la moneda generando así una doble condena a Porvenir tal y como ha sido reseñado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la Ciudad de Cali finalmente lo que corresponde a las agencias en derecho solicito se revoque dicha condena

EXP. 04 2021 00582 01

Sonia Isabel Castro vs Colpensiones y otro.

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia apelada, pues la demandante no cumplió con su deber de ilustrarse y asesorarse de la mejor manera, no puede recaer toda la carga de la prueba en la AFP. La negativa de recibir a la demandante tiene sustento en la prohibición legal de traslado del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 del 93, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 del 2003, y la afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema² (Audiencia virtual, récord 55:59, archivo 25 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

como quiera que el fondo Porvenir siempre actuó de manera diligente y de buena fe y máxime que para el año 98 no podía rechazar la voluntariedad de afiliación de la señora demandante en lo que establece el artículo 112 de la Ley 100 del año 93 en estos términos dejo presente mi recursos ordinario de apelación a su juzgado agradeciendo el uso de la palabra, Muchas gracias.”

² *“Muchas Gracias señor juez de manera sucinta y por directriz expresa de la entidad que represento me permito presentar recurso de apelación en contra del fallo preferido por este despacho solicitando a los honorables magistrados tener presente el tema de la inversión de la carga de la prueba pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP codemandada en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender que era lo que estaba firmando y de igual manera tampoco se puede considerar a la demandante como la parte débil en este proceso por cuánto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera se debe dejar claro que todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por mi representada se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente a la aquí demandante se basa única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal de literal e del artículo 13 de la ley y el del 93 modificado por el artículo segundo de la ley 797 del 2003 lo anterior teniendo en cuenta que mi representada como entidad del Estado no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad puesto que la constitución política en su Artículo 346 así lo señala es por ello que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados pues la demandante ya cumple con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados se han realizado y además permite que aquellos que por buscar otros beneficios que ofrece el RAIS como lo hizo la demandante al momento de darse cuenta que no podrá acceder a dichos beneficios se han beneficiados con los rendimientos que han obtenido los afiliados del régimen de prima media que permanecieron en este régimen de esa manera dejó sustentado mi recurso de apelación solicitando a los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá revoquen la sentencia que se acaba de preferir y en su lugar absuelva a mi representada. Muchas gracias señor Juez.”*

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. 04 2021 00582 01

Sonia Isabel Castro vs Colpensiones y otro.

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 31³ años y había cotizado 380,86⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 5 años, 1 meses y 1 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad mínima de pensión (tenía 57 años de edad- ver archivo 01 página 109).

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

³ Nació el 17 de mayo de 1996.

⁴ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES expediente administrativo.

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. 04 2021 00582 01
Sonia Isabel Castro vs Colpensiones y otro.

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: (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*

EXP. 04 2021 00582 01
Sonia Isabel Castro vs 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 de la demandante, pues PROTECCION 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, en una corta asesoría individual le dijeron que el Seguro Social iba a desaparecer y que iban a prevalecer los fondos privados, sin que le explicaran las características del RAIS (audiencia virtual del 30 de mayo de 2023 min 7:04).

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

EXP. 04 2021 00582 01
Sonia Isabel Castro vs Colpensiones y otro.

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 y PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, incluyendo cotizaciones y rendimientos, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquellas (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”* (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. La pretensión de adición de la sentencia para condicionar las condenas carece de objeto, pues así lo dispuso ya la sentencia apelada.

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. 04 2021 00582 01
Sonia Isabel Castro vs Colpensiones y otro.

Además, se revocará el numeral SEXTO de la sentencia de primera instancia, pues no resulta procedente, en este momento, el reconocimiento judicial de la pensión. COLPENSIONES sólo tendrá a cargo la obligación pensional de la demandante cuando se haya hecho efectiva la anulación del traslado, y se hayan devuelto a la entidad pagadora (COLPENSIONES) los aportes que la financiarán.

Se confirmará la condena en costas a cargo de PORVENIR, 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, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en archivo 10 folios 2 a 29 trámite de primera instancia).

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,

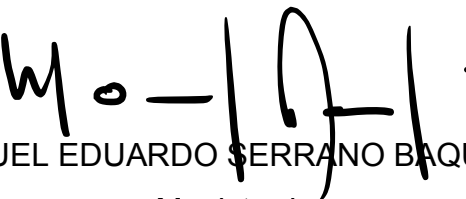
RESUELVE

- 1. REVOCAR** el numeral SEXTO 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 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 PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EXP. 04 2021 00582 01
Sonia Isabel Castro vs Colpensiones y otro.

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. 05 2021 00203 01
Juan Ramón Mora Buitrago 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 RAMÓN MORA BUITRAGO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 16 de febrero de 2023 por el Juez Quinto (5º) 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 RAMÓN MORA BUITRAGO 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 *nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la afiliación a PORVENIR y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor pensión de vejez a partir del 13 de diciembre de 2018 junto con las mesadas adicionales y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

EXP. 05 2021 00203 01
Juan Ramón Mora Buitrago contra Colpensiones y otro.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que nació el 13 de diciembre de 1956, por lo que el mismo día y mes del 2018 cumplió 62 años; que cuenta con 1781 semanas cotizadas al sistema general de seguridad social; que el 1 de diciembre de 2002 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR, *bajo las premisas de gozar con los mismos beneficios con el valor agregado de poder pensionarse cuando desee y una mayor rentabilidad de sus aportes realizados*, sin embargo, nunca recibió un acompañamiento por parte de PORVENIR. Asegura que el 18 de febrero de 2014, amparado en la sentencia SU-062 de 2010, solicitó a PORVENIR el cambio de régimen; que dicha solicitud fue aprobada, motivo por el cual fueron trasladados todos sus aportes a COLPENSIONES donde siguió realizando sus cotizaciones; que el 14 de diciembre de 2018 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante Resolución SUB 182765 del 12 de julio de 2019 acto administrativo en el que, además, Colpensiones declaró la pérdida de competencia para resolver sobre el asunto, decisión contra la cual interpuso los recursos correspondientes que fueron resueltos de manera desfavorable mediante actos administrativos SUB 247814 del 10 de septiembre de 2019 y DPE 11410 del 16 de octubre de 2019 (ver demanda folios 1 a 10, 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, aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento y la edad del demandante, las cotizaciones realizadas al extinto ISS, y los actos administrativos en los que niega la pensión y el traslado de régimen con fundamento en que el demandante se encontraba en la prohibición de edad que establece la normatividad vigente, los demás los negó o dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda debido a que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a PORVENIR, acto que, en todo caso, se presume válido y que 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

EXP. 05 2021 00203 01

Juan Ramón Mora Buitrago contra Colpensiones y otro.

consentimiento que alega. Además, por cuanto el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, lo que hace imposible para esa administradora tenerlo como su afiliado pues ello iría en contravía del principio constitucional de la sostenibilidad financiera y acarrearía la descapitalización del fondo común. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *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, improcedencia de los intereses moratorios y la innominada o genérica (ver contestación folios 1 a 25, archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).*

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. negó haber aceptado el traslado de régimen del demandante con fundamento en la sentencia SU-062 de 2010, precisando que mediante comunicación No. 0208014060390200 del 22 de julio de 2019 le informó que *“debido a un error técnico, le envia[ron] una comunicación que le notificaba un traslado (aceptación o rechazo) que no correspondía”,* razón por la cual es claro que se encuentra afiliado a esa administradora. Se opuso a las pretensiones por cuanto la afiliación del demandante a esa administradora fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, 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. Refiere que siempre garantizó el derecho de retracto pues publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó sobre la posibilidad de los afiliados de trasladarse entre regímenes conforme las modificaciones que introdujo 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 que le impide trasladarse de régimen. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe,

EXP. 05 2021 00203 01
Juan Ramón Mora Buitrago contra Colpensiones y otro.

inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (ver contestación folios 2 a 22 del archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de febrero de 2023, mediante la cual el Juez Quinto (5º) 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 HORIZONTE) 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. Como forma de *equilibrar las cargas*, dispuso la devolución de los rendimientos financieros, pero se abstuvo de ordenar la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas previsionales porque se trata de recursos que destinó de buena fe.

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 JUAN RAMÓN MORA BUITRAGO, a través de HORIZONTE S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de petición antes de tiempo respecto del reconocimiento de pensión de vejez. CUARTO: COSTAS únicamente a cargo de PORVENIR S.A. inclúyase como agencias en derecho la suma de 4 SMLMV. QUINTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE a favor de COLPENSIONES”* (Audiencia virtual, récord 53:27 archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

EXP. 05 2021 00203 01

Juan Ramón Mora Buitrago contra Colpensiones y otro.

En el recurso, COLPENSIONES afirma que en caso de prosperar la ineficacia del traslado se debe ordenar el traslado de la totalidad de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los gastos de administración, seguros previsionales y las cuotas del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados¹ (Audiencia virtual, récord 54:55 archivo 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 falten 10

¹ “Gracias su señoría si me permito interponer recurso de apelación ante los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral solicitando con todo respeto a la sala se modifique el numeral segundo de la decisión de primera instancia teniendo en cuenta pues que no resulta procedente que al realizar la devolución de los aportes por parte del fondo privado a mi representada Colpensiones solo se tenga en cuenta los frutos e intereses pues sin tener en cuenta los gastos de administración pues como se señaló en primera instancia pues lo anterior teniendo en cuenta lo señalado en la sentencia SL 2611 del 2020 del magistrado ponente doctor Gerardo Botero Zuluaga en los cuales pues señala claramente que es un deber de trasladar a Colpensiones los gastos de administración en razón a que los mismos fueron el resultado de una conducta indebida al momento del traslado de modo que no pueden permanecer en sus arcas sino pues retornar al régimen de prima media al igual en la sentencia SL 1421 del 2019 se señala también que cuando se declara la ineficacia desde el traslado se señala que una de las consecuencias de tal situación era la devolución de las costas, gastos de administración a cargo de la AFP, tema que se planteó en los siguientes términos “Devolver los aportes por pensión los rendimientos financieros y los gastos de administración al instituto de seguros sociales hoy Colpensiones como en oportunidades anteriores se ha expuesto la sala pudiendo se traerá colación la sentencias CJ SL 17595 del 2017 SL 4989 del 2018 señalan que el administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación el actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado esto es las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por el pago de las mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual ora por los gastos de administración en que hubiera incurrido los cuales serán asumidos por las administradoras a cargo de su propio patrimonio”. Bajo estos argumentos también resulta viable la orden al fondo privado de reintegrar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos pues los valores utilizados en seguros previsionales y cuotas de garantía de pensión mínima son sumas que deben de pagarse debidamente indexadas de esta forma dejo sustentado el recurso de apelación solicitando a los honorables magistrados se modifique el numeral segundo el fallo de primera instancia pues en el sentido que se debe trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los valores de los gastos de administración esto con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de prima media, gracias honorable sala, gracias señoría”

EXP. 05 2021 00203 01

Juan Ramón Mora Buitrago contra Colpensiones y otro.

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 (...).

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

EXP. 05 2021 00203 01

Juan Ramón Mora Buitrago contra Colpensiones y otro.

el demandante tenía 45² años de edad y había cotizado 950,57³ 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 12 años 4 meses y 16 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad mínima de pensión (tenía 64 años de edad, folios 19 del archivo 02 y 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 ⁵, ⁶. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran

² Nació el 13 de diciembre de 1956, folio 19, archivo 02.

³ Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, válida para bono pensional, folios 101 a 103 archivo 15, 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".

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. 05 2021 00203 01
Juan Ramón Mora Buitrago contra Colpensiones y otro.

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 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).

EXP. 05 2021 00203 01
Juan Ramón Mora Buitrago contra Colpensiones y otro.

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 (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 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, llegaron unos funcionarios de PORVENIR que le indicaron ventajas de afiliarse a ese fondo como pensionarse con una mejor ventaja económica, a menos años, lo cual lo motivó a firmar el formulario, pero no le dieron ninguna otra explicación sobre las características del RAIS (ver archivo 27 del expediente digital, récord 10:06).

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. 05 2021 00203 01
Juan Ramón Mora Buitrago contra Colpensiones y otro.

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, pero se adicionará para ordenar a esa administradora que proceda a la devolución de los gastos de administración y 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.

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

EXP. 05 2021 00203 01

Juan Ramón Mora Buitrago contra Colpensiones y otro.

1. **ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. devolver, debidamente indexados, los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta del demandante, 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. **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

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

Mag Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ANA LUCIA DIAZ GARCÍA CONTRA PATRICIA
LONDOÑO GÓMEZ Y JUAN FELIPE SALCEDO DEL CASTILLO**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de julio 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 15 de marzo de 2023 por el Juez Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha providencia se CONDENÓ a los demandados a pagar mediante cálculo actuarial a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones al régimen de pensiones por el periodo comprendido entre el 1 y el 28 de febrero de 2018 con base en el SMMLV, y se absolvió de las demás pretensiones.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, ANA LUCIA DIAZ GARCÍA presentó demanda contra PATRICIA LONDOÑO GÓMEZ Y JUAN FELIPE SALCEDO DEL CASTILLO, para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo de término indefinido entre el 1 de diciembre de 2018 y el 31 de enero de 2020 con salario mensual de 1.5 veces el SMMLV, y se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, salarios del periodo comprendido entre marzo de 2018

y enero de 2020, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, indemnización por no pago de intereses a las cesantías, pensión sanción.

Como fundamento de lo pedido, afirma que se ejecutó un contrato verbal de trabajo a término indefinido desde el 1 de diciembre de 2008, para labores propias del hogar y atención de los hijos de los demandantes. Informa que la asignación mensual ascendía a 1.5 SMMLV, el horario asignado era de 7:00 am a 7:00 pm de lunes a sábado, y durante los dos años siguientes a la vinculación, los días domingo, cuidaba a la señora madre de la demandada. Dijo que a principios del año 2018 tuvo quebrantos de salud que le obligaron a someterse a una cirugía y estuvo incapacitada por diez días a partir del 19 de enero de 2018 la que fue extendida hasta el 1 de febrero de ese año, el 6 de febrero de 2018 le realizaron otra cirugía (apendicetomía) y le otorgaron incapacidad hasta el 16 de febrero, extendida hasta el 18 de febrero de 2018. Afirma que, al reintegrarse a sus labores, los empleadores le dijeron que la ausencia les había perjudicado, que regresara a casa y que *atendiera a los niños* de vez en cuando. El 8 de abril de abril los demandados le hicieron llegar un cheque por valor de \$8.000.000 y le indicaron que en esta suma estaba contenido todo lo que le debían incluida la liquidación, frente a lo cual no estuvo de acuerdo la demandante. El 6 de septiembre de 2018 la firma de abogados ESCOBAR GARCÍA ABOGADOS S.A.S. le informó que fueron contratados para realizar el cálculo actuarial ante COLPENSIONES, el 27 de enero de 2020, recibió el reporte de semanas cotizadas a pensiones en el cual se ve reflejado el periodo del 1 de diciembre de 2008 a 31 de enero de 2018 con los demandados. Asegura que los demandados continuaron pagando la salud, pero no los aportes a pensión, ni las cesantías, los intereses de cesantía ni las vacaciones (ver demanda en archivo 01 folios 1 a 9 y subsanación archivo 04).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por los demandados a través de apoderado judicial. Aceptaron la existencia de un vínculo laboral entre el 1 de diciembre de 2008 y el 28 de febrero de 2018. Se opusieron a las pretensiones de condena con sustento en que el salario

pactado era el mínimo legal y que la jornada no excedió de las 48 horas semanales. Arguyeron que el contrato finalizó por mutuo acuerdo el 28 de febrero de 2018, y que las partes suscribieron un acuerdo transaccional en el cual se acordó el pago de la suma de \$8.089.000. Dijeron que la demandante fue quien manifestó el deseo de hacerse cargo del cuidado de sus nietos y esa fue una de las razones para la finalización contrato. Aseguraron que el 14 de junio de 2018 le fue cancelada la liquidación de prestaciones sociales. Dijeron que no se comprometieron y tampoco realizaron cotizaciones a salud o pagos a medicina prepagada con posterioridad a febrero de 2018. Informaron que por medio de una firma de abogados realizaron las gestiones necesarias e hicieron el pago de los aportes al Sistema de Pensiones de la demandante. En su defensa propusieron las excepciones de *prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, compensación y pago* (ver contestación folios 22 a 43 archivo 07 y folios 1 a 22 archivo 09 expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de marzo de 2023, en la cual el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ al pago del cálculo actuarial por el periodo del 1 al 28 de febrero de 2018 ante COLPENSIONES y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones. Para tomar la decisión encontró que el contrato tuvo como extremos del 1 de diciembre de 2008 al 28 de febrero de 2018 y que no se reclamó el pago de los derechos laborales dentro del término trienal previsto legalmente, por ello se configuró la prescripción sobre las acreencias reclamadas excepto los aportes al sistema de seguridad social que no se ven afectados por prescripción.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR al señor JUAN FELIPE SALCEDO DEL CASTILLO y PATRICIA LONDOÑO GÓMEZ a pagar a favor de la señora ANA LUCIA DÍAZ GARCÍA el cálculo actuarial por el periodo 1 de febrero a 28 de febrero de 2018, calculo actuarial que se cancelará a Colpensiones y teniendo en cuenta como ingreso base de cotización el mínimo legal mensual vigente. SEGUNDO: ABSOLVER a los demandados de las demás pretensiones de la*

demanda declarando probada la excepción de prescripción respecto de todas las pretensiones de la demanda excepto aportes a pensión. TERCERO: sin COSTAS para las partes." (Audiencia virtual del 15 de marzo de 2023 - archivo 22 Min 1:26:28).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan todas las pretensiones de la demanda. Afirmo que los 3 años de prescripción se cuentan desde que la obligación se hace exigible y en este proceso la obligación pedida es la liquidación final que solo se perfeccionaba cuando se hicieran los cálculos contratados con la firma de abogados, la demandante prestó sus servicios hasta febrero de 2018 pero *se mantuvo en expectativa de su liquidación hasta el 2020 -dice-* y la suma recibida inicialmente fue una garantía mas no la liquidación, aunado a que la demandada aceptó que le hicieron pagos a la demandante en la casa pero no le pagaron las cesantías, intereses a las cesantías y demás acreencias laborales. Aduce que la demandante laboró hasta febrero porque no pudo recuperar su salud y al verse desprotegida se retiró del servicio. Dice que quedaron claros los extremos de la relación, pero no si se pagó la liquidación a la que tiene derecho (Audiencia virtual del 15 de marzo de 2023 - archivo 16 Min 1:28:16)¹.

¹ *"Procedo entonces a interponer el recurso de apelación contra el fallo proferido en audiencia debido a que no estamos conformes, ya que al interpretar el artículo 488 el mismo reza y dice, las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en 3 años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripción especiales establecidas en el Código procesal de trabajo, en el presente Estatuto, la obligación aquí que estábamos nosotros debatiendo, la cual está pedida dentro de la demanda, es la obligación de que primero se reconociera que la señora Ana no recibió como tal su liquidación, segundo, como lo manifestó la señora Patricia Londoño en interrogatorio, pues estaba sujeto precisamente a que dicha liquidación se iba a perfeccionar, era cuando actuara y pasarán los correspondientes cálculos los señores que contrataron del Buffet de abogados, Escobar García. Tercero, pues debido también a que nosotros bajo ninguna circunstancia hemos intentado violar o vedar la verdad, ya que como se manifiesta en la demanda en el numeral 113, mi poderdante efectivamente trabajó de manera efectiva o prestó sus servicios de manera indirecta hasta febrero del 2018, pero se mantuvo en expectativa de su liquidación hasta el 2020, debido a que precisamente estaba esperando y como también lo manifestó el señor Juan Felipe Salcedo, que tuviera una liquidación definitiva de su contrato de trabajo. En otras palabras, pues siempre estuvo ahí la señora Ana Lucía Díaz hasta el 2020, pues esperando a que le llegara la correspondiente liquidación. Cuarto debido a que, como lo manifiesta el señor Juan Felipe Salcedo, dicho dinero se entregó no*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia ante el Tribunal, la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante como trabajadora del *servicio doméstico* y los demandados, relación que tuvo como extremos del 1 de diciembre de 2008 al 28 de febrero de 2018.

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si se encuentra o no prescrita la acción para el reclamo

por la liquidación, sino como una garantía y él mismo lo está confesando, esto se lo estamos entregando, es como una garantía de que le vamos a pagar precisamente sus prestaciones y que le vamos a cancelar precisamente lo que se le deba en las demás acreencias laborales. De igual manera, como lo manifestó la señora Patricia Londoño, a ella le hicieron los correspondientes pagos fue en la casa intuitu persona, es decir, a la señora Ana Lucía, pero no hicieron y así mismo lo manifiestan, que jamás hicieron los correspondientes pagos de cesantías, es decir, consignarlas en debida forma, los intereses de cesantías, la liquidación que debía constar y demás acreencias laborales que constan en la demanda. De igual manera, no es que estemos confundiendo la obligación con respecto al extremo en el cual la señora Ana Lucía se encontraba o estuvo laborando como ella misma lo manifiesta ella pudo hasta febrero simple y sencillamente porque no tenía manera de poder recuperar más su salud, ya que ella había pasado por dos cirugías y infortunadamente no era claro para ella cómo debía responder, pues los señores le habían manifestado y como ellos contestaron en la demanda a los ítem 16, 17 y 18, que eso era ajeno a ellos, que esas circunstancias que ella vivió eran ajenas, que vivió su empleada eran ajenas precisamente a ellos como patrones. ¿Entonces, qué sucedió o como empleadores? ¿Entonces, qué sucedió? Pues que la señora Ana y como aquí también lo manifiesta, pues ella se vio completa y totalmente desprotegida, al verse ella completa y totalmente desprotegida, pues simple y sencillamente dijo, pues no puedo continuar y se retiró, eso es algo que estamos y queda plasmado dentro de la demanda, de igual manera nosotros al momento en el cual queda en vilo. ¿Cómo determinar que esa suma de \$8.000.000 de pesos hasta el momento no se ha negado? ¿Por qué se recibieron? Pero pues hoy nos aclaran que es precisamente con respecto a una garantía, es decir, que queda pendiente absolutamente la parte de la liquidación. De igual manera y ya para concluir, todas las acreencias adicionales y demás peticiones estaban sujetas a que y como lo manifestó la señora Patricia Londoño, Escobar García, es decir, los pull de abogados manifestaran, es decir, quedó en el aire si esa liquidación iba o no iba a ser efectiva, pues como bien lo anota el a quo pues simple y sencillamente una de las cosas que quedan claras para la liquidación es el extremo inicial y el extremo final pero que haya quedado como tal, clara que se pagó o estuvo paga la obligación, pues eso jamás estuvo claro para la señora Ana, como bien lo anotó el señor juez, la señora Ana no sabe de Derecho laboral, la señora Ana no entiende precisamente qué es una obligación o cuándo iba a surgir precisamente lo que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL - 636080 llama la oportunidad de interponer y reclamar sus derechos entonces sea esta la oportunidad y la manera en que una vez ella, actuando también diligentemente y de buena fe conoce la actuación realizada por Escobar García, en la cual solamente le hacen ni siquiera por parte de ellos, sino porque ella va y reclama en Colpensiones su estado de aportes pensionales es que ella va y le manifiesta a sus empleadores, y qué pasa con mi liquidación y ellos pues sí verbalmente y de manera escueta, le dicen, pues que no, que es únicamente lo que le van a pagar es por eso que una vez recibido de parte de ella el informe, que es en el 2020, ella interpone la correspondiente acción o la correspondiente demanda. Sin otro particular le sirva esto de sustento para el correspondiente recurso. Muchas gracias, señor juez.”

de las acreencias incorporadas en la demanda, y en dado caso si procede su pago.

Para resolver lo que corresponde, 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).

Con esta premisa normativa, el Tribunal confirmará la sentencia apelada, pues en los extremos temporales declarados para la relación laboral y aceptados por ambas partes, operó la prescripción de la acción judicial frente a todas las acreencias laborales e indemnizaciones pretendidas en la demanda, salvo los apretes am pensión y estos fueron pagados, salvo la suma frente a la cual se dictó la condena en primera instancia.

En efecto, el término de tres años comenzó a correr en la fecha de terminación del contrato, el 28 de febrero de 2018, sin que se evidencie reclamación previa a la presentación de la demanda. La reclamación que se hizo el 8 de septiembre de 2021 sobre salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, aportes al sistema de seguridad social y la liquidación final (ver demanda en archivo 01 folios 1 a 9 y subsanación archivo 04) no tenía entidad para suspender el término de prescripción pues ésta ya había operado.

Se debe señalar que si bien en virtud de la Emergencia Económica, Social y Ecológica ocasionada por el COVID-19 el Gobierno Nacional en el artículo 1 del Decreto 564 de 2020² se suspendieron los términos de prescripción entre

² Artículo 1. Suspensión términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales

el 16 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2020 (Acuerdo PCSJA20-11567 el Consejo Superior de la Judicatura), de todas formas prescribió la acción pues la demandante bien pudo reclamar sus derechos hasta el 13 de junio de 2021, y la reclamación se presentó el 8 de septiembre de 2021.

No se puede entender, como pretende el recurrente, que el término de prescripción hubiera iniciado en el año 2020 con base en la expectativa que tenía la demandante frente al pago de los derechos que estima causados, pues, como se dijo, frente a la posibilidad de que tal expectativa resultase fallida, el ordenamiento jurídico le permitía promover la demanda y con ello interrumpir *definitivamente* el término legal de prescripción de la acción.

No sobra advertir que las normas que regulan el término de prescripción de la acción en materia laboral rigen con todas sus consecuencias. La Corte Constitucional ha vinculado su vigencia con el derecho fundamental al debido proceso y con el principio de seguridad jurídica: *“No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. (...) Las prescripciones de corto plazo buscan también la seguridad jurídica, que al ser de interés general, es prevalente (art. 1o. superior), y hacen posible la vigencia de un orden justo (art. 2o. superior) el cual no puede ser jamás legitimador de lo que atente contra la seguridad jurídica, como sería el caso de no fijar pautas de oportunidad de la*

arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 marzo 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales. El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir prescripción o inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente. Parágrafo. La suspensión de términos de prescripción y caducidad no es aplicable en materia penal.

acción concreta derivada del derecho substancial. Es por ello que la prescripción trienal de la acción laboral es proporcionada con las necesidades, y por tanto no es contraria a la igualdad, ya que ésta consiste en una equivalencia proporcional, y no en una homologación jurídica absoluta de materias diversas, lo cual sería, a todas luces, un absurdo” (Sentencia C-412 de 1997 de la Corte Constitucional).

Por el resultado del recurso las COSTAS de segunda instancia corren a cargo de la parte demandante.

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 la apelación a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSEY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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. 09 2020 00222 01
Martha Helena Navas Saldarriaga 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 MARTHA HELENA NAVAS SALDARRIAGA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES
Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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, MAPFRE y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última la sentencia dictada el 28 de abril de 2023 por la Juez Novena (9) 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, MARTHA HELENA NAVAS SALDARRIAGA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* o *ineficacia* del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a través de la afiliación al fondo de pensiones PORVENIR en enero de 2002 y el subsiguiente traslado horizontal a OLD MUTUAL (hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS) efectuado el 1 de julio

EXP. 09 2020 00222 01

Martha Helena Navas Saldarriaga vs Colpensiones y otros.

de 2011, ante la omisión de esas AFP del deber de informar con prudencia y 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR y OLD MUTUAL a restituir a COLPENSIONES los valores recibidos con ocasión de su vinculación en el RAIS, tales como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, y a COLPENSIONES a recibirla como su afiliada en el régimen de prima media con prestación definida, junto con los recursos provenientes del RAIS y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad (ver demanda folios 52 a 65 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones por cuanto, al momento de la vinculación, esa administradora le brindó a la demandante una asesoría personalizada, profesional, comparada y completa, en la que le dio información clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión consciente, tal como lo dispone el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Refiere que en esa asesoría le informó a la parte actora, entre otras cosas, sobre el régimen de transición pensional, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta de ahorro individual, que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, que tendría derecho a un bono pensional, y que su vinculación al RAIS era completamente voluntaria, entre otras características del régimen al que se estaba afiliando. Adicionalmente, sostiene que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado, el cual fue completamente válido pues no se evidencian elementos que permitan arribar a conclusión diferente. En su defensa propuso como excepciones de mérito: prescripción, *prescripción de la acción de nulidad*, cobro de lo no debido por ausencia de causa e

EXP. 09 2020 00222 01

Martha Helena Navas Saldarriaga vs Colpensiones y otros.

inexistencia de la obligación y buena fe (ver contestación folios 42 a 65, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS (antes OLD MUTUAL) se opuso al también éxito de las pretensiones dirigidas contra esa sociedad, con fundamento en que la afiliación que realizó la demandante a ese fondo de pensiones no presenta ningún vicio del consentimiento pues se trató de un acto voluntario, sujeto a un acuerdo de voluntades que se rigió por el artículo 1495 del Código Civil y que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995. Además, la demandante ya venía de estar afiliada con otra AFP por lo que tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y los demás componentes de este régimen pensional, por lo que la asesoría en este caso se tornaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la afiliada. Aseguró que la asesoría previa cumplió con todos los parámetros exigidos y contemplados en la normatividad vigente y que, contrario a lo relatado por la demandante, fue clara, específica y suficiente. Formuló como excepciones de fondo: prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, pago y la genérica (ver contestación folios 18 a 50 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda porque, a su juicio, la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, en ejercicio de su derecho a la libre escogencia de régimen. Sostuvo que, si bien es cierto esa entidad desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, lo cierto es que la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del RAIS, de acuerdo con la información que le fue brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado. En todo caso, indicó que no se aporta prueba alguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación. Aseguró que del escrito de demanda se evidencia la negligencia de la demandante en consultar su situación pensional y el incumplimiento de sus obligaciones como consumidora financiera, por lo que de existir un error este sería de derecho, el cual no vicia el consentimiento.

EXP. 09 2020 00222 01

Martha Helena Navas Saldarriaga vs Colpensiones y otros.

Presentó como excepciones las que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no 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 21 archivo 07 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 108 a 113 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 15 de octubre de 2021 (archivo 11, 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 en la medida en que no participó en la asesoría para el traslado de régimen pensional, obligación que estaba a cargo exclusivo de PORVENIR como primera AFP que intervino en la vinculación de la demandante al RAIS, por lo que esa aseguradora es ajena a cualquier actuación relacionada con el traslado. 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 las pensiones de vejez. Dijo no constarle ninguno de los hechos. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción* y la *innominada o genérica*. 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, conforme se relata en la demanda, el traslado con PORVENIR acaeció con anterioridad a las fechas partir de la cual se petitiona la devolución de la prima y que los actos contrarios a derecho ejecutados por un tercero, sin los requisitos establecidos por ley, no pueden ser trasladados a esa aseguradora

EXP. 09 2020 00222 01

Martha Helena Navas Saldarriaga vs Colpensiones y otros.

quien recibió de buena fe el pago de la prima. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador, frente al deber de información, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente válido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes documentado bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149 con vigencia entre el 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018 e inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional* (ver contestación folios 3 a 16 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 28 de abril de 2023, mediante la cual la Juez Novena (9ª) 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 COLPATRIA) 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 que realizó MARTHA HELENA NAVAS SALDARRIAGA, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES –al RAIS, administrado por COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 22 de agosto de 1994. SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con*

EXP. 09 2020 00222 01

Martha Helena Navas Saldarriaga vs Colpensiones y otros.

cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. TERCERO: CONDENAR a Skandia S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo, por lo considerado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR y SKANDIA, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y abstenerse del estudio de las excepciones formuladas por la llamada en garantía. SEXTO: ABSOLVER a la llamada en garantía de todas las pretensiones instauradas en su contra. SÉPTIMO: COSTAS. Lo serán a cargo de PORVENIR S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta decisión. OCTAVO: Si no fuera apelada la presente, remítase ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de conformidad con lo establecido el artículo 69 del CPTSS.” (Audiencia virtual, récord 53:06, archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que no se tuvo en cuenta que para el momento de suscripción del formulario de afiliación la normatividad aplicable era el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 692 de 1994 y 663 de 1993 que solo exigía la firma del formulario de afiliación y en las que no se preveía una doble asesoría. No resulta válido imponer a las administradoras de pensiones obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico, pues con ello se desvirtúa el principio de confianza legítima y se contraviene el derecho al debido proceso. Asegura que es un tercero que no puede verse afectado con las consecuencias derivadas de la ineficacia del

EXP. 09 2020 00222 01

Martha Helena Navas Saldarriaga vs Colpensiones y otros.

acto jurídico¹ (Audiencia virtual, récord 58:38, archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de PORVENIR S.A., sostiene que para la fecha de traslado no era exigible a los fondos conservar prueba documental diferente al formulario de afiliación que en ese momento era aprobado por la Superintendencia Financiera. Refiere que la demandante pretende beneficiarse de su propia culpa pues tenía las condiciones suficientes y necesarias para verificar y corroborar la información otorgada por el asesor y, además, tenía obligaciones como consumidora financiera que no cumplió. Indica que no resulta viable ordenar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales como quiera que no están llamados a financiar la pensión y tienen, por mandato legal, una destinación específica. Considera que no es procedente la devolución de los rendimientos financieros, pero de así disponerse, estos superan con creces los descuentos realizados por gastos de administración. Pide que se revoque la indexación porque la

¹ “Gracias señora Juez, estando dentro de este momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación, me permito solicitarle al honorable tribunal superior se revoque la sentencia preferida por este despacho de acuerdo a los siguientes argumentos: ha de manifestarse que la señora jueza al momento de la decisión de declarar la ineficacia del traslado régimen de la demandante considerando esa falta al deber de información que tenía la AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación pasó por alto que para la fecha del traslado la realidad del momento según la normatividad aplicable para la ley 100 de 1993 artículo 13 literal b y el decreto 692 del 94 y decreto 663 del 93 era que la aceptación espontánea libre y expresa de un afiliado para trasladarse del régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva de las documentales del proceso asimismo cabe resaltar que para la fecha de la suscripción y firma el formulario no existían ni la ley 1748 del 2014 ni el decreto 2071 del 2015 con los cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados así las cosas del análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deben ser valoradas bajo la normatividad vigente que para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado era la 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 de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no solo consiste 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 a las normas preexistentes al acto que se juzga. Así mismo honorables magistrados el juzgado de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes como se hizo por parte de este despacho no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones quien sin haber participado en el trámite el 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 el tan importante principio de la relatividad jurídica esto en torno a que Colpensiones es un tercero en ese asunto y es de recordar que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se derivan de la celebración de este acto solo deben repercutir sobre las partes involucradas por lo cual es de tenerse en cuenta que la entidad a la que represento no puede ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y las AFP'S en estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación”.

EXP. 09 2020 00222 01

Martha Helena Navas Saldarriaga vs Colpensiones y otros.

depreciación de la moneda se compensa con los rendimientos obtenidos² (Audiencia virtual, récord 59:44, archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., solicita que se adicione la sentencia con el fin de que se impongan costas a su favor y a

² “Gracias su señoría por parte de Porvenir estando dentro de la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia acá notificada para que sea la sala laboral del tribunal superior de Bogotá quien estudie y revoque las condenas impuestas en contra mi representada de conformidad con las siguientes razones: Sea lo primero indicar que si bien no se llegaron mayores documentales donde se pruebe la asesoría brindada a la demandante lo cierto es que para la fecha del traslado de régimen pensional de la accionante no le era exigible a los fondos conservar o salvaguardar una prueba documental más allá del formulario de afiliación formulario que para aquel entonces era aprobado por la entonces superintendencia financiera bancaria hoy financiera corporación a cargo de la vigilancia e inspección de las administradoras de pensiones. Por otro lado, se llama la atención en cuanto que la demandante lo que alega o lo que relata y lo que hace es alegar su propia culpa en favor de su propio beneficio pues es indispensable manifestar que al momento del traslado al régimen pensional la acción ante contaba con condiciones necesarias y suficientes para así verificar corroborar y ampliar la información otorgada por parte principalmente del asesor de Porvenir y su posterior traslado horizontal con Skandia. Así mismo téngase en cuenta que la demandante como consumidora financiera también contaba con deberes como por ejemplo actuar con mediana diligencia lo cual se supone que el actora tuviera conocimiento por lo menos del acto jurídico que estaba realizando para así precisar todas y aquellas cada una de las consecuencias que se derivan de este acto en otro lugar se solicita muy respetuosamente a la sala de estudio en segunda instancia que igualmente se consideran prósperas estas pretensiones incoadas en el acá litigio se solicita una vez se condene a Porvenir respecto al traslado de gastos de administración y pago de lo descontado respecto de sumas o primas provisionales por la siguiente razones en la primera razón como lo manifesté en los alegatos de conclusión el traslado de los gastos de administración no resultan viables como quiera que estos no están llamadas a financiar la pensión pues tienen una destinación que por mandato legal fue cumplidamente por mí representada y esto es al manejo de las inversiones tendientes a obtener un incremento o rentabilidad de los aportes efectuados por la demandante y cuyos hay valores o rubros adicionales le fueron reconocidos a la demandante en su cuenta de ahorro individual. En segundo punto las sumas o primas previsionales igualmente reitero ya cumplieron su finalidad y esto es amparar a la accionante durante el tiempo que duró vinculado con mi representada respecto de las prestaciones de invalidez y muerte y en tercer lugar porque si se declara o se confirma esta sentencia de primera instancia esto es principalmente la primera condena y esto es el traslado de los rendimientos de la demandante de su cuenta de ahorro individual considera esta defensa que el traslado de dichos rendimientos desborda todos los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional pues si la finalidad de la institución jurídica de la ineficacia es retrotraer en el tiempo el hecho del traslado de régimen pensional no resulta viable y trasladar unos rendimientos propios del régimen de ahorro individual a lo sumo resulta viable trasladar unos eventuales rendimientos que se hubieran causado los aportes en el régimen de prima media no obstante pese a esto por cumplimiento de condena en primera instancia y si así lo confirma el tribunal se trasladarán dicho rendimientos, rendimientos que para esta parte considera que supera que con creces y a luces todos los descuentos realizados por gastos de administración y su más provisionales de los aportes efectuados por la demandante por último respecto de la condena impuesta de indexación se solicita a los honorables magistrados revocar esta decisión relativa reitero de la indexación de los valores antes mencionadas en la medida en que igualmente se dispuso o se eventualmente se confirmará la devolución de los rendimientos del capital ahorrado luego considera igualmente esta defensa que el traslado de dicho rendimientos lo que hace es una compensación de la presencia depreciación del poder adquisitivo de la moneda luego condenar igualmente a la indexación resultaría una doble condena respecto de unos aportes o una parte de los aportes realizados por la demanda bajo estos términos dejó sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias su señoría”

EXP. 09 2020 00222 01

Martha Helena Navas Saldarriaga vs Colpensiones y otros.

cargo de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, pues quedó clara la *carencia de un hilo conductor* que diera *génesis a esa relación jurídico procesal*³ (Audiencia virtual, récord 1:04:18, archivo 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,

³ “Gracias señoría respetuosamente me dirijo a su despacho a fin de interponer recurso de apelación en contra de la sentencia dictada el día de hoy por su despacho la cual procedo a sustentar de la siguiente manera: Honorables magistrados el presente recurso solo va encaminado a la no concesión de costas en favor de mi representada y solicito respetuosamente se adicione la sentencia de primera instancia en ese sentido de condenar en costas a la llamante en garantía Skandia S.A. y en favor de Mapfre Colombia Vida y Seguros por las siguientes consideraciones honorables magistrados es notorio que dentro de la relación jurídico procesal entre el llamante en garantías Skandia S.A. y el llamado en garantía Mapfre Compañía de Seguros S.A. existe una *carencia de un hilo conductor* que daría *génesis a esa relación jurídico procesal* tanto es así honorables magistrados que dentro de la sentencia emanada por el despacho de primera instancia se absolvió a la compañía que representa véase el numeral 6 de la citada sentencia precisamente por esta *carencia* ahora bien esta absolución configura el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso y la comprobación que habla el numeral octavo del citado artículo es evidente al tener en cuenta que Mapfre Colombia Vida y Seguros S.A. dentro de su objeto social o actividad económica no se encuentra la contestación de demandas de orden laboral sino la expedición de pólizas de diferentes ramas lo que inequívocamente demuestra los gastos de defensa judicial razón por la cual este profesional del derecho defendió a la compañía llamada garantía con resultados favorables lo cual se puede verificar con la sentencia de primera instancia y utiliza el recurso de alzada ante ustedes teniendo en cuenta que las costas están demostradas haciéndole óbice a ese artículo 365 del código general del proceso si tenemos en cuenta señores magistrados que la existencia de la de la figura que trata el artículo 64 del código general del proceso no significa per sé que se invoquen todos los casos pues se necesita ese hilo conductor entre la demanda inicial las pretensiones y el llamamiento en garantía así mismo pues esa relación jurídico procesal entre las partes la cual en este proceso pues brilla por su ausencia, me permito citar la sentencia del pasado 18 de febrero del 2022 de la honorable magistrada ponente Fanny Elizabeth Robles Martínez dentro del proceso 2021 1560 donde me permito citar una parte “En cuanto a la solicitud de las demandadas Colpensiones, Protección y Skandia para que se revoque la condena en costas debe advertir la sala que en virtud del artículo 365 del código general del proceso le corresponde asumirlas al vencido en el proceso, incidente o recurso sin que sean atendibles razones subjetivas con la como las plantea el recurrente, al respecto se puede consultar la sentencia C-089 del 2002 que estudió el número estudio numeral 199 del artículo primero del decreto 2282 de 1989 y que modificó el artículo 393 del código de procedimiento civil” respetuosamente señores magistrados me dirijo a su despacho a fin de que se adicione la parte considerativa y resolutive de la sentencia únicamente en el asunto que trata con la no concesión de costas en favor de la compañía que apodero y en consecuencia se condene en costas a la llamante en garantía Skandia S.A. y a favor de Mapfre compañía de seguros S.A., en ese orden de ideas dejó sentado mi recurso de apelación su señoría. Muchas gracias”

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 (...)*”.

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

EXP. 09 2020 00222 01

Martha Helena Navas Saldarriaga vs Colpensiones y otros.

demandante tenía 32⁴ años de edad y había cotizado 648,29⁵ 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 11 años, 8 meses y 10 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demanda ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver folios 4 y 66 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. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando

⁴ Nació el 19 de agosto de 1962, folio 4, archivo 01.

⁵ Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, válida para bono pensional, folio 115 a 116 archivo 8, trámite de primera instancia.

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

EXP. 09 2020 00222 01

Martha Helena Navas Saldarriaga vs Colpensiones y otros.

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 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 COLPATRIA) 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, a finales de 2001 (sic) un asesor del fondo, en una reunión grupal que tardó alrededor de 20 minutos, le informó que el seguro social va a desaparecer, que sus ahorros corrían riesgo, que ese fondo garantizaba mejor rentabilidad y cobertura, así como una asesoría más personalizada que la que ofrecía el seguro social y que en caso de muerte esos dineros serían entregados a sus hijos, pero nada le explicaron sobre la posibilidad de hacer aportes voluntarios u otras características del RAIS. Además, dijo no tener presente como ocurrió su afiliación a COLPATRIA con quien se produjo, en realidad el traslado de régimen (Audiencia virtual del 22 de febrero de 2023, récord 31:09). Tampoco se acredita el cumplimiento del deber de información con la declaración de la testigo ELSA JUDITH QUIROGA MALDONADO⁹ porque no estuvo presente en el momento en que la demandante suscribió el formulario con el que se concretó el traslado de régimen pensional y, por ende, no le constan de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon dicho acto jurídico.

⁹ Audiencia virtual del 22 de febrero de 2023, récord 56:43.

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).

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, frutos e intereses, rendimientos, bonos pensionales, así como la devolución de los gastos de administración, montos de las primas de seguros previsionales y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima debidamente indexados, a cargo de aquella y de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS (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 1993¹⁰), los cuales se deben devolver

¹⁰ *“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. 09 2020 00222 01

Martha Helena Navas Saldarriaga vs Colpensiones y otros.

“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.

Se adicionará la sentencia de primera instancia como lo pide SKANDIA S.A., para dictar condena en costas de primera instancia en contra de las demandadas que se opusieron a las pretensiones de la demanda cuyos argumentos resultaron imprósperos, y/o perdieron los llamamientos, como lo ordena el artículo 365 del CGP. El juez deberá tasar su valor y los beneficiarios en el momento oportuno.

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. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para condenar también en costas de primera instancia a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS.
- 3. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.

EXP. 09 2020 00222 01
Martha Helena Navas Saldarriaga vs Colpensiones y otros.

4. 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

EXP. 09 2021 00187 01
Hernando Gómez González 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 HERNANDO GÓMEZ GONZÁLEZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 23 de mayo de 2023 por la Juez Novena (9ª) 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, HERNANDO GÓMEZ GONZÁLEZ 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 *anulación del formato de afiliación del fondo privado Porvenir*, se efectúe la *nulidad del traslado de aportes del RPM al RAIS* y se le vincule a COLPENSIONES. Lo anterior, con fundamento en que el promotor de PORVENIR no cumplió con el deber de información, asesoría y buen consejo, al momento de la afiliación a ese fondo (folios 32 a 39, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 09 2021 00187 01

Hernando Gómez González contra Colpensiones y otro.

Notificadas del auto admisorio, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES compareció a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto el traslado se realizó de manera libre y voluntaria por el demandante, decisión en la cual no intervino esa entidad, razón por la cual no puede verse afectada en sus intereses. Advierte que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2ª 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: *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 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 genérica.* (ver contestación folios 1 a 17, archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 30 de septiembre de 2022 la juez *a quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A. (archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de mayo de 2023, mediante la cual la Juez Novena (09ª) 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 del traslado que realizó el demandante,*

EXP. 09 2021 00187 01

Hernando Gómez González contra Colpensiones y otro.

HERNANDO GÓMEZ GONZÁLEZ, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - al RAIS, administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR, en julio de 1998. SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas. QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva. SEXTO: De no ser apelado remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 CPTSS” (Audiencia virtual, récord 36:54 archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que, de acuerdo con la normatividad aplicable para el momento del traslado, la firma del formulario de afiliación el demandante era suficiente para entender aceptada de manera espontánea, libre y expresa las condiciones del RAIS, por lo que la decisión debe ajustarse a las normas preexistentes al acto que se juzga. Refiere que el *a quo* al momento de proferir sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, esto es, que esa entidad es un tercero ajeno al acto jurídico

EXP. 09 2021 00187 01

Hernando Gómez González contra Colpensiones y otro.

que no puede verse afectado, ni beneficiado por las consecuencias del contrato celebrado entre las partes. Asegura que con la decisión adoptada se afecta la sostenibilidad financiera del sistema, situación que de hecho da lugar a la prohibición legal de traslado. En caso de confirmarse la sentencia, pide que se ordene la devolución de todos los aportes y se condicione el cumplimiento de las obligaciones al reintegro de los recursos¹ (Audiencia

¹ “Gracias su señoría en ese orden sustentare el recurso en los siguientes términos: En primer lugar he de manifestar que al momento de su decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante consideró esa falta del deber de información que tenía la AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación pasó por alto que para esa época para esa fecha del traslado la realidad del momento según la normatividad aplicable para la ley para el caso era la ley 100 en el artículo 13 literal b y e del decreto 692 de 1994, el decreto 663 del 93 era que la aceptación espontánea libre y expresa de un afiliado para trasladarse régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva de la documentación del documento suscrito y registrado por el accionante. Así mismo cabe resaltar que para la fecha de la suscripción y firma el formulario no existía en la Ley 1748 del 2014, ni el Decreto 2071 del 2015 con las cuales nace la obligación de la AFP de una doble asesoría a 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 la afiliación deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o la materialización del traslado en este asunto la Ley 100 de 1993 no es razonable ni jurídicamente válido imponer a los administradores obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de 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 en la posibilidad de defensa o en la oportunidad para interponer recursos sino que exige además como lo expresa el mismo artículo 29 de la carta superior el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga. Así mismo el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en norma inexistentes como se hizo por parte del activo no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones quien sin haber participado en el trámite de traslado es quién debe afrontar la carga de la prestación esto con base a que no tuvo en cuenta el momento de proferir sentencia el tan importante principio de la relatividad jurídica esto en torno a que Colpensiones es un tercero en este asunto y es de recordar que los actos jurídicos en principio tiene efectos Inter partes y las consecuencias que se derivan 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 pueden ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada por ese contrato que celebró la demandante y las AFP. Ahora bien en cuanto a lo manifestado por la señora juez en primera instancia en que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP y de acuerdo a lo señalado por la corte en la sentencia referidas por el a quo a este tipo de decisiones encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado por cuanto a las leyes que surgieron entre el año 98 y el 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad es por eso que imponer cargas adicionales a las prevista en las leyes de la época se constituyen una situación de carácter imposible finalmente dicho lo anterior pongo en su consideración honorables magistrados que en este asunto la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada en la decisión adoptada por el a quo esto en cuanto la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la constitución política adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 del 2005 es que en donde reiteramos honorables magistrados que el artículo 2 de la ley 797 2003 en el cual se hace prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse régimen cuánto le faltara 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez tiene su razón de ser al respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo 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 con los requisitos estructurados en la normativa pensional y así no generan un desequilibrio patrimonial Así mismo debe tenerse en cuenta que los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son

EXP. 09 2021 00187 01

Hernando Gómez González contra Colpensiones y otro.

virtual, récord 38:50 archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de PORVENIR, solicita que se revoque la condena a la devolución de los gastos de administración, las sumas adicionales de la aseguradora, y la indexación, pues durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a ese fondo generó unos rendimientos que representan más del 50% del valor depositado en la cuenta de ahorro individual, por lo que se estaría trasladando una suma superior a la que pudo obtener en el RPM, considera que solo hay lugar a trasladar los aportes junto con los rendimientos y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima² (Audiencia

suficientes para pagar las pensiones a su cargo esto se sustenta además 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 en las cuales se resalta “El objeto perseguido por el señalamiento del período de carencia en la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común de régimen solidario de prima media que se proceda productividad 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 de cálculo actual para determinar las sumas que representa en el futuro el pago de suspensiones y su reajuste económico hubiesen trasladarse régimen cuando estuviesen próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de vejez lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende poner en riesgo las garantías del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes” Desde esa perspectiva si dicho régimen se sostiene sobre la cotización efectivamente realizada en la vía laboral de los afiliados para una vez cumplido los requisitos de edad y semanas puedan obtener una pensión mínima independientemente de la zona efectivamente cotizadas permitir que la persona por interés particular próximo a la edad de pensionar sí que estuvo realizando sus aportes durante más de 20 años a otra entidad diferente como sea en este asuntos se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás afiliados resulta contrario no solo al concepto constitucional de equidad conforme al artículo 95 de la Constitución Política sino también al principio de eficiencia pensional el cual consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrados y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago de forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho el sistema de seguridad social por la anterior dejó sustentado el recurso reiterándolo a los honorarios magistrados se revoque esta decisión que se acaba de proferir en esta diligencia y en consecuencia se absuelva a mi representada en cada una de las pretensiones en su contra y en caso de llegarse a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal ruego se mantenga la condena impuesta a la AFP en el contenido de esta debe integrar la totalidad de la cotización que recibió esto es los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos penales, cuotas de seguros provisionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual entre otros. Así mismo solicito a los honorables magistrados que se adicione a la sentencia la condena impuesta a la 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 la AFP toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP reintegre los recursos a mi representada y actualice la información del demandante en la respectiva base de datos al momento, gracias.”

² “Su señoría muchas gracias de parte de Porvenir también muy respetuosamente me permito interponer recurso de alzada en contra de la sentencia que acaba de proferir su despacho para que en los siguientes términos su señoría se entre a estudiar por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá lo siguiente: Esta apelación su señoría me permitió presentarla de manera parcial como bien lo indique dentro de los alegatos de conclusión efectivamente la postura actual de Porvenir es que nosotros para el momento de la afiliación efectivamente pues que en este caso fue en el año 1998 no contamos y de hecho de la norma para aquel entonces pues efectivamente como su despacho bien lo nombra en la sentencia no fue la de contar con un documento escrito para brindar la debida asesoría la

EXP. 09 2021 00187 01

Hernando Gómez González contra Colpensiones y otro.

virtual, récord 46:01 archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

debida información de la cual nos habla incluso la misma sentencias de la Corte Suprema de Justicia que a tanto ha decantado este tipo de pretensiones lo cierto es que entonces nosotros estamos en este momento aplicando las normas correspondientes al estatuto orgánico financiero en la cual pues nos habla del in dubio pro consumidor puesto que si bien es cierto como no contamos con dicha información la duda está a favor del consumidor en este caso porque pues los medios probatorios son muy pobres frente a lo que se debe demostrar en estos casos de la ineficacia de la afiliación en ese entendido su señoría y teniendo en cuenta que incluso el señor Hernando también cumplió los 59 años de edad mucho antes de que la Ley 1479 del año 2014 saliera a vigencia jurídica en la cual pues nos habla también de que todas las administradoras tenemos que brindar una doble asesoría previo a que la persona afiliada al fondo o a Colpensiones cumpla con el requisito o bueno este a menos de 10 años de pensionarse tampoco estaba en vigencia y en razón a ello pues mayor razón pues asiste a que nosotros estemos aplicando dicha duda a favor del consumidor que en este caso pues es el aquí demandante el señor Armando Gómez González pero bueno centrándome como tal su señoría en el en el recurso que el cual indica que es de manera parcial este recurso su señoría lo sustentaría sobre el numeral segundo de la sentencia puesto que como bien lo he indicado en nada nos opondríamos en realizar el traslado del señor Hernando Gómez González al régimen de prima media actualmente administrado por Colpensiones dado pues entonces la duda a favor del consumidor pero también teniendo en cuenta su señoría los valores a trasladar al régimen de prima media puesto que aquí nos están ordenando trasladar unos gastos de administración también nos están ordenando trasladar una sumas de la aseguradora las cuales deben ser con cargo nuestro patrimonio bueno al patrimonio de mi representada y no solo ellos sino que también debe ser indexado ante ello su señoría pues es indispensable indicar que si bien esos gastos de administración dentro de los cuales se encuentran enmarcados las sumas de la aseguradora lo cierto es que Porvenir durante el tiempo en que la persona estuvo vinculada con nosotros le generamos unos rendimientos estos rendimientos como bien lo mencionaron los alegatos de conclusión no se generan dentro del régimen de prima media y actualmente pues los aportes y si me permite su señoría son de 53.410.332 y los rendimientos que durante el tiempo de vinculación del señor Hernando a este administradora fueron generados por 63.566.313 más del 50% de los valores que tiene registrados o que tiene dentro de la cuenta de ahorro individual actualmente que en su total son 100.372.297 por tanto pues aquí cabe entonces una restitución es mutuas teniendo en cuenta que nosotros no deberíamos trasladar los gastos de administración puesto que dicho rendimientos cubren en cinco veces más los valores correspondientes a dichos gastos de administración y de dichas sumas de la aseguradora y entendemos su señoría bien que pues la Corte Suprema de Justicia lo ha decantado en diferentes sentencias pero nosotros pues queremos hacer énfasis en ello y queremos insistir en ello porque realmente sabemos que estos gastos de administración que bien se cobran allá que bien se cobran acá en virtud o bajo la luz de la ley 100 de 1993 que así lo autoriza lo cierto es que pues nosotros no lo deberíamos trasladar porque sabemos que esto la corte lo ha sustentado en el entendido de que no se puede hospitalizar o no se puede desfaltar como tal el sistema pensional en cuanto al régimen de prima media pero lo cierto su señoría es que aquí no vemos un digamos como este perjuicio hacia el régimen de prima media porque realmente nosotros antes le estamos trasladando mucho más de lo que la persona tendría durante el tiempo pues que se hubiera generado durante el tiempo en que hubiese permanecido en dicho régimen en este orden de ideas su señoría pues no cabría sino trasladar por parte de mi representada los aportes los rendimientos como lo mencioné que son altos y de la misma forma lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima que sí le pertenece al aquí demandante porque así mismo también lo menciona la ley 100 de 1993 entonces su señoría pues muy respetuosamente solicitaría se resuelva a favor de mi representada este punto que acabo de recurrir y en este orden de ideas dejó sentadas mis observaciones y mi recurso de alzada. Muchas gracias Su señoría. ”.

EXP. 09 2021 00187 01

Hernando Gómez González contra 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 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 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. 09 2021 00187 01

Hernando Gómez González contra Colpensiones y otro.

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 37³ años de edad y había cotizado 672⁴ 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, 1 mes y 21 días⁵), y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para acceder al derecho pensional (tenía 61 años de edad, folio 15 y 40 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.

³ Nació el 30 de septiembre de 1960, folio 1 archivo 01, primera instancia.

⁴ Ver historia laboral expedida por Porvenir, folios 2 a 14 archivo 1, 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,*

EXP. 09 2021 00187 01

Hernando Gómez González contra Colpensiones y otro.

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).

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, 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 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

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. 09 2021 00187 01

Hernando Gómez González contra Colpensiones y otro.

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 Horizonte 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, al vincularse a la empresa PROSERVIS, una persona de la compañía le entregó el formulario de afiliación a PORVENIR para que lo firmara, pero no recibió ningún tipo de información o asesoría por ese fondo (ver archivo 28 del expediente digital, récord 2:30).

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

EXP. 09 2021 00187 01

Hernando Gómez González contra Colpensiones y otro.

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, rendimientos, frutos, intereses, bonos pensionales, así como la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima con cargo a sus propias utilidades, 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.

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.

EXP. 09 2021 00187 01
Hernando Gómez González contra Colpensiones y otro.

COSTAS de 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 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** 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 RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 09 2021 00187 01

Hernando Gómez González 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

EXP. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte 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 NUBIA DUARTE CONTRA LA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 15 de junio de 2023 por la Juez Decima (10°) 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, NUBIA DUARTE 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 *nulidad y/o ineficacia* del traslado del régimen de prima media a PORVENIR por estar viciado de nulidad al no brindar el fondo información completa y comprensible sobre las modalidades pensionales y las diferencias con el RAIS, además por no haber entregado de manera física el

EXP. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs Colpensiones y otro.

plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento. En consecuencia, pide que se ordene el traslado de la demandante a COLPENSIONES y a PORVENIR una vez ejecutoriada la sentencia que traslade a COLPENSIONES los aportes junto con los rendimientos y asumir las diferencias a que haya lugar (Ver demanda folios 5 a 24 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PORVENIR se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado se realizó de manera informada, libre y voluntaria, precedida de una asesoría útil, completa y consiente sobre las características del régimen como le era exigido por la normatividad vigente al momento de la vinculación. Sostiene que la afiliación de la demandante al RAIS tiene plena validez por lo que el traslado de los aportes y de los rendimientos resulta improcedente y redundante en un pago de lo no debido y en un enriquecimiento sin justa causa. 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 folios 2 a 27 archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, afirma que la demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria bajo la asesoría de la AFP PORVENIR por lo que su afiliación es completamente válida. Señala que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contemplada en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, al estar dentro de los 10 años para adquirir la pensión de vejez, por lo que la administradora está imposibilitada para asumir el traslado. En su defensa propuso las excepciones que denominó *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe,*

EXP. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs Colpensiones y otro.

imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (Ver contestación folios 2 a 9 del archivo 3 de la carpeta 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de junio de 2023, mediante la cual la Juez Decima (10°) 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 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 de la afiliación de la demandante señora NUBIA DUARTE, a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. mediante la suscripción de la afiliación realizada el 11 de noviembre de 2001, por el incumplimiento del deber de información de suministrarle información completa, cierta veraz y oportuna en cuanto a las consecuencias que le acarrearaba su traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia se declara ineficaz el traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad como si nunca se hubiese trasladado al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia. SEGUNDO: Se CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante NUBIA DUARTE al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad como si nunca se hubiese trasladado, de*

EXP. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs Colpensiones y otro.

conformidad a la parte motiva de esta providencia. TERCERO: Se CONDENA a la AFP PORVENIR S.A., hacer entrega al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES de todas las sumas que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora NUBIA DUARTE a la cuenta individual correspondientes a cotizaciones, frutos, intereses, rendimientos de conformidad a lo establecido en el artículo 1746 del CC. incluido en evento de existir bonos pensionales y así mismo deberá realizar la devolución de los gastos de administración descontados, las sumas correspondientes a las primas de los seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima descontados a la demandante con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, que deberá junto a esta devolución allegar la documental correspondiente que contenga la información que permita establecer los ciclos cotizados, los IBC de cotización, las cotizaciones, los rendimientos, los intereses, así mismo como la información sobre los gastos de administración descontados, las primas de seguros provisionales de invalidez y de sobrevivencia descontados y los porcentajes de garantía de pensión mínima para que COLPENSIONES pueda establecer que la devolución en los términos establecidos en esta sentencia. Se le otorga el término a la AFP PORVENIR para hacer esta devolución de quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia de conformidad a la parte motiva. CUARTO: Se CONDENA a COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia proceda a registrar en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas por la señora NUBIA DUARTE durante su vinculación en el régimen de ahorro individual con solidaridad en la historia laboral de COLPENSIONES para efectos pensionales y así mismo que una vez ingresen los dineros provenientes de la AFP porvenir se revisen que se hace la devolución en los términos indicados en esta sentencia, de conformidad a la parte considerativa de la providencia. QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y SEXTO: Se CONDENA en costas de esta instancia a favor de la parte actora a las demandadas AFP PORVENIR S.A., y COLPENSIONES y por secretaría debe practicarse la liquidación de costas e incluir como agencias en derecho a cargo de AFP PORVENIR S.A. la suma

EXP. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs Colpensiones y otro.

de \$ 1.150.000, y a cargo de COLPENSIONES, como Agencias en Derecho la suma de \$ 350.000. SÉPTIMO: en caso de no ser apelada esta providencia, deberá surtir al grado jurisdicción de consulta de conformidad al artículo 69 del CPT Y SS por las condenas impuestas a COLPENSIONES.” (Audiencia virtual, récord 1:47:06, archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, afirma que cumplió con el deber de información previsto para el momento en que la demandante se vinculó, esto es, una información verbal y la suscripción del formulario de afiliación. Indica que no se puede aplicar la figura de la ineficacia en exclusivo beneficio de la demandante y en detrimento del fondo desconociendo su labor y los rendimientos generados. Señala que la demandante durante su permanencia nunca ejerció el derecho al retracto, ni solicitó el traslado. Asegura no hay lugar a descontar los gastos de administración por no hacer parte de los recursos que financian la prestación pensional y porque fueron legalmente descontados, tampoco a la indexación que generaría un doble cobro. Solicita se declaren probadas las excepciones mérito y se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia¹ (Audiencia virtual, récord 1:51:44 archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias señora Juez me permito interponer recurso de apelación en contra de la provincia que acaba de proferir el despacho para que sea conocido por el honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial recurso que procedo a sustentar de la siguiente manera en primer sentido honorables magistrados mi representada si dio cumplimiento al deber de información como estaba previsto al momento en que se efectuó la vinculación de la demandante con mi representada esto de manera verbal y con el suscrito formulario afiliación por tanto me aparto de lo dispuesto en la parte considerativa del presente fallo como quiera que se indica que por no allegarse una prueba escrita adicional a este formulario pues se tuvo por no cumplido con dicho deber perdiendo de vista nuevamente honorables magistrados que para dicha fecha en la que se surtió la vinculación pues no existía obligación alguna que indicara que mi representada debía conservar un documento adicional a este formulario y tampoco existía la obligación que indicara que mi representada debía entregar proyecciones pensionales por escrito incluso resultaba imposible tanto para la AFP como para la misma afiliada conocer con certeza cómo sería el resto de su vida laboral y eso esos demás factores que incidirán de manera directa en dicho reconocimiento adicional a eso honorables magistrados conveniente traer a colación una máxima del derecho y un principio general de la interpretación jurídica según la cual donde la ley no distingue pues no les daba intérprete hacerlo en consecuencia la no producción de efectos jurídicos pues se predica de los dos extremos de la relación

EXP. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs Colpensiones y otro.

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que, de acuerdo a la normatividad aplicable para el momento del traslado, la firma del formulario de afiliación demostraba la aceptación espontánea, libre y expresa el mismo. Señala que la juez al momento de proferir sentencia no tuvo en cuenta el principio de la

contractual esto es tanto la AFP como el afiliado en virtud de esto resulta totalmente contrario a los principios de Justicia y equidad que frente a la figura de la ineficacia se le aplique un rasero distinto a la AFP versus el afiliado o al demandante pues de un lado si se acepta que existe una cuenta de ahorro individual que existen algunos unos fondos que la demandante tiene en esa cuenta que existe en unos rendimientos financieros que deben ser trasladados a Colpensiones pero no se acepta que estos rendimientos financieros fueron generados por la actividad profesional de la administradora de fondos de pensiones y tampoco se acepta que por esta actividad profesional en virtud de la propia ley pues se causen con unos gastos de administración que fueron legalmente descontados en efecto no se puede aplicar una interpretación de la figura de la ineficacia a conveniencia o beneficio de la parte actora reconociendo que sí se produjeron algunos pero para el mismo caso aplicar una interpretación en detrimento de la AFP que desconoce su labor y que fue precisamente esa labor la que hoy por hoy está generando unos rendimientos que jamás habría logrado la demandante de haberse encontrado en Colpensiones frente a este caso se destaca el propio artículo 20 de la ley 100 de 1993 la cual enuncia que las comisiones de la administración no hacen parte de los recursos personales que financian las prestaciones económicas de los afiliados con lo cual en él entendió que en el presente proceso no se destruyó esta gestión administrativa realizada por mi representada pues carece de todo fundamento que se contenía el traslado de dichos valores en favor de Colpensiones ya que ello no puede ser considerado de forma distinta a una violación al principio constitucional de buena fe y de confianza legítima lo anterior incluso en líneas por lo dispuesto por la superintendencia financiera de Colombia en la que ha precisado la importancia de respetar las restituciones mutuas en caso de declararse la ineficacia del traslado con lo que se puede concluir que durante toda la permanencia en el RAIS de la parte actora pues nunca ejerció el derecho de retracto ni tampoco estuvo interesada en hacer lo que entre la fecha inicialmente de traslado y la fecha en que la parte demandante se vio inmersa en la prohibición de traslado en razón de la edad pues tuvo la posibilidad de ampliar la información y de regresar al régimen de prima media pero aun así no lo hizo de lo cual es posible entonces concluir que es una actuación contraria a la de un buen padre de familia y una total negligencia nótese incluso que del interrogatorio de parte se desprende o se sustrajo que el interés de retornar al régimen de prima media surge netamente por un interés económico y aquí debe recordarse que la insatisfacción frente al monto de la mesada a pensional pues no da lugar a la ineficacia del acto jurídico que bajo la normatividad existente para el momento del traslado pues no era exigible la documentación de la asesoría pues no había deber legal de hacerlo y la decisión fue libre y voluntaria donde no mediaron precisiones por parte de mi representada lo cual quedo acreditado no solo con el suscrito formulario sino con el interrogatorio de parte que las características del RAIS honorables magistrados pues estaban en la ley por lo que sí se habla de un error sería de derecho el cual no tiene la potencialidad 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 menos aún su indexación máxime si se tiene en cuenta que esta figura de la indexación pues comprende la compensación de la pérdida de valor de la moneda y que para el caso que nos ocupa pues esta se efectúa con el traslado de rendimientos como consecuencia precisamente de esta gestión administrativa realizada por mi representada y de llegarse a ordenar este o pues de aplicar esta indexación ocasionaría un doble cobro con todo lo anterior ruego honorables magistrados en primer lugar absolver a mi representada de las condenas que le fueron impuestas mediante la sentencia de precedencia en segundo lugar de declarar probadas las excepciones de mérito propuestas con la contestación y en tercer lugar revocar en su integridad la providencia emitida anteriormente, muchas gracias.”

EXP. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs Colpensiones y otro.

relatividad jurídica pues Colpensiones es un tercero ajeno a un acto jurídico que solo tiene efectos interpartes. Asegura que se afecta la sostenibilidad financiera y por ello existe la prohibición legal de traslado. Solicita que en caso de confirmarse la sentencia se ordene la devolución de todos los aportes y se condicione el cumplimiento de las obligaciones al reintegro de los recursos²

² “Muchas gracias su señoría bueno de esta manera y estando dentro de la oportunidad procesal respetuosamente me permito interponer y sustentar el recurso de apelación en primer lugar hay que manifestar como tal que la señora Juez al momento de tomar esta decisión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante considerando esa falta el deber de información que tenía la AFP en su momento de la suscripción del formulario de afiliación pasó por alto que para esa fecha del traslado la realidad del momento según la normativa aplicable para la Ley 100 el artículo 13 literal B y el Decreto 662 de 1994 y el Decreto 663 de 1993 era que la aceptación espontánea libre y expresa de un afiliado para trasladarse del régimen se manifestaba a través de el la firma en el formulario de afiliación lo cual en este asunto se dio a plenitud y se puede lograr o se evidencia que según se deriva del documento suscrito y registrado por la parte demandante asimismo su señoría cabe resaltar que para la fecha de la suscripción y la firma del formulario no existía como tal la Ley 1748 del 2014 ni el Decreto 2071 de 2015 de los cuales nace la obligación que tienen las AFP de una doble asesoría a sus afiliados así las cosas del análisis de la información suministrada por las AFP en este caso porvenir y del alcance de la asesoría que debió brindar al momento de esa afiliación deben ser valoradas y tenidas en cuenta bajo la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del respectivo formulario o de la materialización del traslado en este en asunto bajo la Ley 100 del 93 asimismo pidió a los honorables magistrados el juzgamiento de la conducta del fondo con base en las normas inexistentes como se hizo por parte de esta honorable sala de primera instancia no tiene una justificación alguna o jurídica y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones que sin haber participado o haber formado parte en el trámite del traslado es quien debe afrontar como tal la carga de prestación esto con base a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir esta sentencia tan importante el principio de la relatividad jurídica esto en torno a que Colpensiones es un tercero en este asunto y es de recordar que todos estos actos celebrados en principio tienen efectos inter partes y y las consecuencias de la celebración de este acto jurídico solo dan repercutir sobre las partes involucradas en la celebración de dicho acto jurídico es decir frente a la demandante y las AFP es un momento ahora Porvenir siendo así y finalmente su señoría y dicho lo anterior lo anterior pongo en consideración a ustedes honorables magistrados que en este asunto la administradora colombiana de pensiones Colpensiones resulta lesionada con la decisión adoptada por la honorable sala del juzgado 10 laboral y esto en cuanto a la reputación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 1 del 2005 donde reiteró honorables magistrados que el artículo dos de la ley 797 del 2013 en la cual hace una provisión expresa tácita de que el afiliado no podrá trasladarse al régimen de cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir esta edad para tener derecho a la prestación o a la pensión como se quiere de vejez en este momento como razón de ser. Por último su señoría y con lo anterior dejo sustentado el recurso reiterándoles a los honorables magistrados que se revoque la decisión que se acaba de proferir por esta honorable sala y en consecuencia se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones en su contra. Ahora bien en caso de que esta decisión se llegara a confirmar por parte del honorable tribunal ruego se mantenga la condena impuesta a las AFP en el entendido de que esta debe reintegrar como tal la totalidad de las cotizaciones que se recibió y todos los recursos a la cuenta individual, fotos abandonadas, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y seguros previsionales, cuotas de administración. Así mismo su señoría le solicitó a los honorables magistrados que se adicione a la sentencia de la cual la condena impuesta a mi entidad que represento con una obligación de hacer a favor de la demandante y se condiona el previo cumplimiento de las publicaciones que se impongan a las AFP toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia de manera tacita hasta tanto que las AFP reintegre todos los recursos a mi

EXP. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual, récord 1:51:44 archivo 31 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 en la fecha 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

representado y actualice la información de la demandante en la respectiva base de datos muchísimas gracias. .”

EXP. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs 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 37³ años de edad y había cotizado 180⁴ 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 mes, 13 días⁵), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para acceder al derecho pensional (tenía 56 años de edad, ver archivo 08 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 05 de mayo de 1964.

⁴ Ver historia laboral expedida por PORVENIR, folio 40 a 45 archivo 01 expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ Ver historia laboral válida para bono pensional del Ministerio de Hacienda folio 83 a 88 del archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia.

EXP. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs Colpensiones y otro.

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 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».*

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. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs Colpensiones y otro.

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 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

EXP. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs Colpensiones y otro.

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 acabar y que era necesario que se trasladara para no perder los aportes, sin indicarle cual era el funcionamiento del RAIS o cuáles eran las diferencias con el RPM (Audiencia virtual del 15 de junio de 2023, archivo 31 del expediente digital, récord 37:48).

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 de la demandante incluyendo cotizaciones, frutos, intereses y rendimientos además de los bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del

EXP. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs Colpensiones y otro.

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”* (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.

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

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. 10 2021 00187 01
Nubia Duarte vs 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 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.

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 ÓLARTE
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. 11 2017 00376 01
Héctor Orlando Galvis Díaz 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 HÉCTOR ORLANDO GALVIS DÍAZ 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., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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, SKANDIA Y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la última, la sentencia dictada el 26 de mayo de 2023 por el Juez Cuarenta (40) 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, HÉCTOR ORLANDO GALVIS DÍAZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA

EXP. 11 2017 00376 01
Héctor Orlando Galvis Díaz vs Colpensiones y otro.

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad y/o ineficacia* del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual efectuado a COLMENA, por existir un vicio del consentimiento en la formación del contrato por falta de información, fuerza y coacción en el consentimiento. Solicita que se diferan los efectos de la nulidad a partir del mes de junio de 1994 y se declare la ineficacia de los traslados posteriores dentro de este régimen, además que se ordene a las demandadas trasladar a COLPENSIONES todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual junto con las cuotas de administración y a esta última reintegrar al demandante con todos los derechos inherentes del RPM. (Ver demandas y subsanación folios 5 a 112 del 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 todas las pretensiones, con fundamento en que al expediente no se aporta prueba de que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error, ni que este hubiera manifestado alguna anotación o inconformidad. Advierte que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 al faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad. Señala que no existe nulidad alguna y de existir se encuentra saneada por ratificación tácita del acto. En su defensa propuso las excepciones que denominó *inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* (ver contestación folios 154 a 173 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

OLD MUTUAL también se opuso a las pretensiones con fundamento en que no se configura ninguno de los supuestos de una nulidad y en todo caso la acción se encuentra prescrita. Sostiene que el demandante actuó de forma

EXP. 11 2017 00376 01
Héctor Orlando Galvis Díaz vs Colpensiones y otro.

negligente y que no es viable que 23 años después manifieste su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho oportunamente y no lo hizo. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, *prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* (ver contestación folios 192 a 219 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, afirmando que la afiliación suscrita por el demandante es válida y eficaz al haber recibido de manera previa la totalidad de la información relativa a los dos regímenes pensionales en forma comparada, además de las características, ventajas y desventajas para que pudiera tomar una decisión informada. Propuso como excepciones *validez de la afiliación a protección*, buena fe, prescripción y la genérica (ver contestación folios 257 a 264 archivos 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte COLFONDOS también se opuso a las pretensiones, afirma que el traslado del demandante se efectuó de manera libre, voluntaria y sin presiones, pues se brindó una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones del traslado entre administradoras, además de las características, funcionamiento, diferencias, ventajas, desventajas y rentabilidad. Sostiene que no se puede dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que fue ratificado durante más de 24 años. Indica que el demandante nunca manifestó alguna inconformidad relacionada con la continuidad o permanencia en el RAIS, ni tampoco ejerció su derecho al retracto. Advierte que no se le está vulnerando ningún derecho pensional al demandante quien puede optar por una pensión de vejez en el RAIS. En su defensa propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedor de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, saneamiento e cualquier presunta nulidad de la afiliación, petición antes de*

EXP. 11 2017 00376 01
Héctor Orlando Galvis Díaz vs Colpensiones y otro.

tiempo, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica. (Ver contestación folios 288 a 312 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de mayo de 2023, mediante la cual el Juez Cuarenta (40) 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 la AFP COLMENA S.A. actualmente 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 al demandante aquella 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 o realizado por el demandante HÉCTOR ORLANDO GALVIS DÍAZ, identificado con cedula de ciudadanía 19.465.060 realizado del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS actualmente COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS administrado en su momento por la AFP COLMENA S.A. actualmente PROTECCIÓN S.A., por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con lo expuesto en esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR que el demandante HÉCTOR ORLANDO GALVIS DÍAZ ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a las consideraciones expuestas en este proveído. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo formuladas por las demandadas a través de sus apoderados judiciales Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, así como las AFPS administradoras de fondos de pensiones y cesantías SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS entre otros. CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A.,*

EXP. 11 2017 00376 01
Héctor Orlando Galvis Díaz vs Colpensiones y otro.

PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todas y cada una de las sumas de dinero que están consignadas o que fueron consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante Héctor Orlando Galvis Díaz, incluidos los rendimientos financieros; así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, y esto con cargo a sus propios recursos de cada una de ellas, y, eventualmente de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando estos se rediman. QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones a que, una vez estas Administradoras de Fondos de Pensiones aquí señaladas trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización. SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., señalando como agencias en derecho en favor de la demandante, la suma equivalente a un (1) SMLMV, absolviendo a las demás demandadas de condena en costas. SÉPTIMO: Disponer la consulta de esta decisión ante el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral en lo que respecta a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.” (Audiencia virtual, récord 1:44:28, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS, su apoderado afirma que los asesores comerciales brindaron al demandante asesoría integral y completa respecto de las implicaciones del traslado horizontal, funcionamiento, características, rendimientos, diferencias, ventajas y desventajas entre los regímenes. Solicita que se absuelva a la entidad de la devolución de los aportes y rendimientos pues la cuenta individual del demandante se encuentra inactiva y sin aportes al ser trasladados los mismos en el año 2007 a SKANDIA. Señala que es esa aseguradora quien debe realizar la devolución de las primas de seguro previsional y que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración

EXP. 11 2017 00376 01

Héctor Orlando Galvis Díaz vs Colpensiones y otro.

al ser un porcentaje destinado en favor de la AFP¹ (Audiencia virtual, récord 1:50:58, archivo No. 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de SKANDIA, manifiesta que a la declaratoria de ineficacia no se le pueden dar efectos diferentes a los contemplados en la ley por ser la jurisprudencia un criterio auxiliar. Sostiene que no se puede desconocer la labor realizada por la AFP quien generó unos rendimientos financieros superiores a los que hubiese obtenido en el RPM. Asegura que de acuerdo con lo contemplado en la Ley 100 de 1993 los gastos de administración no

¹ “Gracias su señoría por Colfondos presento recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia y ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral solicitando respetuosamente a los honorables magistrados se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia y en su lugar se absuelva a mi representada Colfondos teniendo en cuenta los siguientes argumentos: En primer lugar los asesores comerciales de Colfondos brindaron al demandante una asesoría integral, completa respecto de las implicaciones del traslado horizontal en la que se le asesoro acerca de las características del RAIS, funcionamiento del mismo y las diferencias entre los regímenes pensionales así como ventajas, desventajas y derecho de rentabilidad. Así mismo solicito se absuelva a mi representada de las condenas impuestas y en el numeral cuarto que refiere a la devolución de aportes y rendimientos teniendo en cuenta que Colfondos desde el año 2007 hizo el traslado de esos aportes de la cuenta individual a la AFP Skandia por lo que en la cuenta del demandante con mi representada se encuentra inactiva con saldos en ceros y en atención a que Colfondos ya procedió a hacer el traslado de todos los aportes así como rendimientos respecto a la devolución de primas de seguros previsionales porcentaje de garantía de pensión mínima y gastos de administración es de señalarse que respecto a las primas de seguros previsionales al declararse la ineficacia del traslado realizado por un afiliado ante el RAIS se deja sin efecto la afiliación del mismo ante esa administradora y al dejar sin efecto ese contrato suscrito entre la afiliada y la administradora automáticamente deja sin efecto alguno el contrato entre el administrador y la aseguradora por ausencia de interés asegurable dado que si desaparece de la vida jurídica del acto de vinculación o traslado de régimen también desaparece la motivación, el interés por cubrir los siniestros que afecten la vida y la integridad física de sus afiliados y la misma norma indica que en estos casos en donde no existe elementos de interés asegurable el contrato previsional no producirá efecto alguno indica que le correspondería al asegurador restituir las primas percibidas además de lo ya dispuesto en la ley no se puede pasar por alto que las administradoras solo están obligadas a responder por su propio patrimonio en relación o en casos donde hay mora en el pago de primas circunstancias que no se materializan en el presente caso por lo anterior en caso de que la sentencia que ponga fin a este proceso se condene a devolver la prima pagada como contraprestación legal y contractual por el seguro previsional no debe condenarse a Colfondos siendo que la entidad llamada realizar esta devolución sería la aseguradora con la cual se contrató la póliza previsional respecto de los gastos de administración hay que analizar que esos gastos están direccionados a retribuir la gestión que desarrollaron las administradoras de pensiones luego entonces dicho porcentaje no corresponde al afiliado como quiera que tanto en el RAIS como en el régimen de prima media la ley dispuso un porcentaje creado y destinado a favor de las AFPS por lo que si se ordena la devolución del porcentaje de gastos de administración se está generando un enriquecimiento sin justa y un pago de lo no debido en favor de Colpensiones pues en relación con los aportes pensionales esta administradora no ejecuto acción alguna y si se está beneficiando en primer lugar de los rendimientos que se generó con Colfondos y a su vez la devolución de estos gastos de administración todo lo anterior teniendo en cuenta que Colfondos en cumplimiento de esta obligación crediticia realizo una adecuada gestión en la cuenta de ahorro individual entre otras cumplió con generar unos rendimientos financieros acordes a la directrices legales y de la superintendencia financiera. En estos términos dejo expuesto mi recurso de apelación muchas gracias.”

EXP. 11 2017 00376 01

Héctor Orlando Galvis Díaz vs Colpensiones y otro.

hacen parte de los recursos que financian la prestación por lo que no hay lugar al traslado de los mismos. Además, indica que el demandante tuvo la posibilidad de ampliar la información y de regresar al régimen de prima media, pero que no lo hizo² (Audiencia virtual, récord 1:55.13, archivo No. 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

²*“Dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer el recurso de apelación razón por la cual solicito a los honorarios magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial proceda a revocar totalmente la decisión que se acaba de proferir y en su lugar se sirva absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones esgrimidas en la demanda con fundamento en las manifestaciones de hecho y de derecho contenidas por un lado en el escrito de contestación a la demanda por otro en los alegatos y finalmente en lo que puntualizo a continuación: En el presente asunto debemos partir del hecho de que lo que se está declarando es la ineficacia del acto jurídico del traslado y a este fenómeno no se le puede dar efectos adicionales y comprensiones distintas a las que ya contempla la ley cuya interpretación de naturaleza jurisprudencial resulta ser en todo caso un criterio auxiliar de la justicia como lo dispone la Ley 153 de 1987 por lo que no puede darse el carácter de ley a la jurisprudencia de los anteriores términos resulta 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 la norma previamente anotada encontramos que la ineficacia es la ausencia de efectos del negocio jurídico celebrado con lo cual es apenas necesario advertir como es bien sabido que la norma entiende por ineficacia aquel acto que no produce efecto alguno sin necesidad de declaratoria judicial así las cosas en este punto conviene traer a colación una máxima del derecho implícito general de la interpretación jurídica según el cual donde la ley no distingue no le es dable al interprete hacerlo en consecuencia la no producción de efectos jurídicos se predica de los dos extremos de la relación laboral entiéndase para ello tanto a la AFP como para el afiliado en virtud de lo previamente enunciado resulta entonces totalmente contrario a los principios constitucionales de justicia y equidad que frente a la figura de ineficacia se le aplique un rasero distinto a la afp versus el afiliado demandante pues de un lado si se acepta que existe una cuenta de ahorro individual que existieron unos fondos de la parte demandante que duran en esta 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 no se acepta que esos rendimientos financieros fueron generados por la actividad profesional del administradora de fondos de pensiones y tampoco se acepta que por esa actividad profesional y en virtud de la propia ley se causaron unos gastos de administración que fueron legalmente descontados en efecto no se puede aplicar una interpretación de la figura de la ineficacia acomodada en beneficio exclusivo del actor reconociendo que si se produjeron algunos efectos pero para el mismo caso aplicar una interpretación es detrimento de la afp que desconoce la labor y que fue precisamente esa labor la que hoy por hoy genera unos rendimientos financieros que jamás habría logrado el demandante de haberse encontrado en Colpensiones frente a esto se destaca que el propio Artículo 20 de la ley 100 de 1993 enuncia que la comisión de administración no hace parte de los recursos pensionales que financian las prestaciones económicas del afiliado con lo cual y en el entendido de que en el presente proceso no se discutió la gestión de mi representada e incluso el actor está conforme con esta carece de todo fundamento que se condene al traslado de dichos valores en favor de Colpensiones ya que ello no puede ser considerado de forma distinta que una violación al principio constitucional de buena fe y de confianza lo anterior incluso en líneas con lo impuesto por la superintendencia financiera para lo cual es citó el radicado 2019 15216900300 con lo cual concluyo durante toda su permanencia en el RAIS la parte demandante nunca ejerció el derecho de retracto entre la fecha inicial de traslado al RAIS y la fecha en la que la parte demandante se vio inmersa de prohibición de traslado por razón de la edad estuvo en la posibilidad de ampliar la información y regresar al régimen de prima media pero aún así no lo hizo lo cual evidencia una actuación contraria a la de un buen padre de familia notesé que el interrogatorio de parte se sustrae que el interés de retornar al régimen de primas medidas urge netamente de un interés económico y aquí debo recordar que la insatisfacción frente al monto de la mesa pensional no da lugar a la ineficacia del acto jurídico que bajo la normativa existente para el momento del traslado no era dable exigir la documentación de la asesoría pues no había deber legal de hacerlo y la decisión fue libre*

EXP. 11 2017 00376 01

Héctor Orlando Galvis Díaz vs Colpensiones y otro.

Por su parte COLPENSIONES, en el recurso, asegura que el *a quo* al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en el entendido de que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre las partes y por lo tanto no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma. Precisa que con el traslado del demandante se genera una grave afectación al equilibrio financiero del sistema y a la reserva presupuestal que se destina para estos fines. Solicita que en caso de confirmarse la decisión se ordene el pago de los perjuicios a la AFP que incumplió el deber de información³ (Audiencia virtual, récord 1:59:51, archivo No. 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

involuntaria donde no me dieron presiones por parte de mi representada lo cual quedó acreditado en el interrogatorio de parte por demás decir que las características del RAIS estaban en la ley por lo que si se habla de un error sería un error de derecho en el cual no tiene la potencialidad de viciar el consentimiento y reitero que en el representante asuntos no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración los cuales fueron legalmente descontados en estos términos dejo sentado mis alegatos señoría muchas gracias por el uso de la palabra.”

³ “Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación contra el fallo que acaba de proferir dentro del proceso demandante con el propósito de que la sala laboral de Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar la sentencia emitida y en su lugar se absuelva y cada una de los cargos formulados acogiendo en los siguientes argumentos teniendo en cuenta que el *a quo* al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y la AFP y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma pues como se ha manifestado COLPENSIONES nada tuvo que ver con la decisión tomada por el demandante si bien es cierto los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia referidos por el despacho indica que el deber de información de las administradoras de pensiones se tendrá que acreditar en todos los procesos sin ahondar circunstancias especiales como de que los accionantes son o no beneficiarios del régimen de transición lo cierto es que ese deber de información ha evolucionado con el tiempo por lo que para el año 1996 fecha en la que el demandante se trasladó al régimen de prima media al RAIS administrados por las AFP y que al mismo sistema general de pensiones está establecido por la ley 100 del 93 ya hablaba de que la elección de régimen pensionales le precedía conocer en debida forma cada régimen lo cierto es que la legislación no decanta lo atinente a la obligatoriedad de efectuar proyecciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semana de cotización la edad o frustraciones de mercado y es que se reitera que para aquella época por lo que era imposible para los fondos de pensiones prever en qué condiciones serían sus cotizaciones pensionales en el futuro si serían continuas si se aplicarían el IBC o si tendrían hijos entre otras circunstancias le solicitó la sala que estudia de manera juiciosa este escenario en el cual la AFP que faltó a su deber legal de información no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de la ineficacia pero Colpensiones mi representada quien como ya se dijo es un terreno que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico si les acarrearía pues con el regreso del actor al régimen de prima media existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales lo cual genera como ya se dijo un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines pues el demandante regresa después de más de 23 años a un régimen que no le tuvo en cuenta para sus reservas y cálculos financieros y en últimas si se determina que no hay otra posibilidad que ordenar el retorno de la demandante al régimen de prima media solicito al tribunal condenar a la AFP que

EXP. 11 2017 00376 01
Héctor Orlando Galvis Díaz 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 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*

incumplió su deber legal de información al afiliado pague a mi representada los perjuicios económicos que ello genera para mi representada lo anterior atención a que en virtud de la teoría del daño del Derecho civil quién causa el daño es quien debe repararlo en un tercero ajeno en el acto como lo es Colpensiones, de esta manera dejo sustentado el recursos presentado retirando al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoque el fallo preferido por el juzgado 40 laboral del circuito de Bogotá y en su lugar absolver a mi poderdante de todas y cada una de las pretensiones incoadas de esta manera dejó sustentado el recurso de apelación, muchas gracias.

EXP. 11 2017 00376 01
Héctor Orlando Galvis Díaz vs Colpensiones y otro.

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 33⁴ años de edad y había cotizado 721,71⁵ 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, 10 meses, 3 días⁶), 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 folios 26 y 99 del 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

⁴ Nació el 06 de julio de 1961.

⁵ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folio 36 a 37 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁶ Ibídem.

EXP. 11 2017 00376 01
Héctor Orlando Galvis Díaz vs Colpensiones y otro.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{7, 8}. 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*

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. 11 2017 00376 01
Héctor Orlando Galvis Díaz vs Colpensiones y otro.

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).

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 COLMENA hoy 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.

EXP. 11 2017 00376 01
Héctor Orlando Galvis Díaz 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 el demandante. Allí, según ilustró, para la fecha del traslado laboraba en una entidad del grupo Colmena, y al crearse el fondo de pensiones se les informó que iban a ser trasladados a ese fondo en donde tendrían ventajas como acceder a la pensión más rápido y mantener los aportes, ante la liquidación del ISS, sin informarle cuales eran las características, ventajas, desventajas o funcionamiento del RAIS. Las anteriores manifestaciones fueron corroboradas con lo manifestado por los testigos (Audiencia virtual del 15 de mayo del 2023, archivo 24 del expediente digital, récord 45:33).

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 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, COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN la devolución de todos los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales 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).

EXP. 11 2017 00376 01
Héctor Orlando Galvis Díaz vs 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 (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”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Finalmente, en atención al recurso 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 SKANDIA 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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el

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. 11 2017 00376 01
Héctor Orlando Galvis Díaz vs Colpensiones y otro.

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 Y 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

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 DINA ESTRADA DE FANDIÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, trámite al que se vinculó a ANA VICTORIA PÉREZ PARRA COMO INTERVINIENTE AD EXCLUDEMDUM.

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de julio 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 interpuestos por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 16 de febrero de 2023 por el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha providencia se DECLARÓ que DINA ESTRADA DE FANDIÑO cónyuge supérstite es beneficiaria en un 16,34% y ANA VICTORIA PÉREZ PARRA compañera en un 83,66%, de la pensión de sobrevivientes por la muerte de JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA, y se condenó al pago a favor de DINA ESTRADA DE FANDIÑO la prestación desde el 11 de marzo de 2017 con los intereses moratorios.

Se acepta el desistimiento del recurso de apelación presentado por ANA VICTORIA PÉREZ PARRA ante esta corporación el *a quo* el 15 de marzo de 2023.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, DINA ESTRADA DE FANDIÑO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario BONILLA se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de excónyuge; en consecuencia, pide que le sea reconocida la prestación a partir del deceso, junto con el retroactivo y los intereses moratorios o en subsidio la indexación. Como fundamento de sus pretensiones afirma que JUAN BAUTISTA FANDIÑO (q.e.p.d.) convivió con ANA VICTORIA PÉREZ PARRA desde el 8 de diciembre de 1970 hasta el 1 de julio de 1997 y que dicha unión marital fue liquidada según Escritura Publica No. 3149 de 1997. Aduce la demandante (DINA ESTRADA DE FANDIÑO), que convivió con JUAN BAUTISTA FANDIÑO (q.e.p.d.) en esta ciudad entre el 25 de noviembre de 1961 y el 31 de julio de 1974 fecha en la cual se decretó la separación de bienes, y de esa unión se procrearon tres hijos de nombres DILSA, ESPERANZA y JUAN CARLOS. Relata que por los servicios prestados a la empresa ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CAFÉ S.A. ALMACAFÉ S.A. le fue reconocida al causante pensión de vejez mediante resolución No. 024686 de 28 de noviembre de 2000. Asegura que la sustitución de la pensión le fue negada mediante resolución SUB 83822 de 2017, decisión confirmada al desatar los recursos de reposición y apelación. Informa que ANA VICTORIA PÉREZ PARRA presentó también demanda con miras a obtener la declaración de existencia de una unión marital de hecho y la consecuente liquidación de la sociedad patrimonial, proceso que cursa ante el Juzgado 21 de Familia de Bogotá (ver demanda folios 5 a 16 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 12 de noviembre de 2019 se admitió la demanda y se ordenó la vinculación de ANA VICTORIA PEREZ PARRA al proceso como litisconsorte necesario de la parte demandada (ver página 105 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y por ANA VICTORIA PÉREZ PARRA a través de apoderados judiciales.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que dentro de la investigación administrativa efectuada por esa administradora no se pudo establecer convivencia entre el causante y la demandante, requisito mínimo para la procedencia de las pretensiones. En su defensa propuso las excepciones que denominó *inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* (ver contestación archivo 01 páginas 114 a 128 del expediente digital, trámite de primera instancia).

ANA VICTORIA PÉREZ PARRA se opuso también a las pretensiones de la demanda afirmando que la demandante (DINA ESTRADA) no es cónyuge supérstite del causante, como lo concluyó la investigación que adelantó COLPENSIONES, pues la sociedad conyugal se liquidó en el año 1971 anualidad desde la cual la pareja dejaron de convivir. En su defensa propuso la excepción previa de *caducidad y prescripción*, y las excepciones de fondo de *inexistencia de requisitos por parte de la demandante para ser beneficiaria de pensión sustitutiva o de sobrevivientes, investigación administrativa por parte de COLPENSIONES / presunción de legalidad de los actos administrativos, falta de causa en el petitum de la demanda / ausencia de efectos patrimoniales a favor de la demandante / inexistencia de la obligación, ya que no tiene derecho a la prestación reclamada y la genérica* (ver contestación página 139 a 162 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

El conocimiento del expediente fue asignado al juzgado 40 CUARENTA (40) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en cumplimiento de los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10/12/2020 y CSJBTA20-109 del 31/12/2020.

Recibido el expediente por el juzgado CUARENTA (40) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ revocó la vinculación como *litisconsorte necesaria* de ANA VICTORIANPEREZ PARRA y dispuso que su vinculación opera como *interviniente excluyente*. Corrió traslado de tal determinación a las demandadas (ver archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Descorrido el traslado *de intervención* por COLPENSIONES, adicionó, a la solicitud de pruebas, la práctica del interrogatorio de parte de ANA VICTORIA PÉREZ PARRA (ver archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Descorrido el traslado *de intervención* por DINA ESTRADA DE FANDIÑO, reiteró sus peticiones (ver archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de febrero de 2023, a través de la cual el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ que DINA ESTRADA DE FANDIÑO en calidad de cónyuge, y ANA VICTORIA PÉREZ PARRA en calidad de compañera permanente, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes que causó JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA, en proporción del 16,34% a la cónyuge y del 83,66% a la compañera, en virtud del tiempo de la convivencia de cada una de ellas con el causante. En consecuencia, ordenó el pago a partir del 12 de marzo de 2017 en favor de DINA ESTRADA DE FANDIÑO junto con los intereses moratorios. Lo anterior, tras considerar que los medios probatorios acopiados al expediente dan cuenta que DINA ESTRADA DE FANDIÑO acreditó en calidad de cónyuge los requisitos previstos en la norma para el acceso a la prestación, esto es la convivencia del 25 de noviembre de 1961 al 7 de diciembre de 1970, y en

relación con ANA VICTORIA PÉREZ PARRA consideró que a pesar de la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros acreditó la convivencia con el causante por aproximadamente 46 años, entre el 8 de diciembre de 1970 y el 11 de marzo de 2017, fecha de deceso del causante.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que tanto la señora DINA ESTRADA DE FANDIÑO en su calidad de cónyuge, como la señora ANA VICTORIA PÉREZ PARRA como compañera permanente, son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes que dejó causada al señor JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA, de conformidad con lo dispuesto en esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que tanto la señora DINA ESTRADA DE FANDIÑO en su calidad de cónyuge como la supérstite, como era ANA VICTORIA PÉREZ PARRA como compañera superficie permanente en su calidad beneficiarias tienen derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA, a partir del 12 de marzo de 2017. En las siguientes proporciones para la señora DINA ESTRADA DE FANDIÑO en un 16.34% y a favor de ANA VICTORIA PÉREZ PARRA en un 83.66% porcentajes que se mantendrán hasta el fallecimiento de cualquiera de las beneficiarias en el evento, en el cual se acrecentará la beneficiaria, supérstite, de conformidad con las consideraciones, consideraciones expuestas en esta motiva. TERCERO: DECLARAR que la señora la señora DINA ESTRADA DE FANDIÑO tiene derecho al reconocimiento y pago retroactivo pensional en proporción a la mesa pensional, declarada por la suma de \$72.218.625 pesos liquidados desde el 12 de marzo 2017 y hasta el 31 de enero de 2023, de conformidad con las consideraciones plasmadas en esta decisión. CUARTO: DECLARA no probada las excepciones de mérito formuladas por su apoderado, oficiales de las demandadas, esto es, COLPENSIONES y ANA VICTORIA, PÉREZ PARRA. Conforme a lo expuesto, QUINTO, CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar en favor de la demandante la señora DINA ESTRADA DE FANDIÑO, la proporción equivalente al 16.34% de la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho con ocasión del fallecimiento del señor*

JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA, a partir del 12 de marzo 2017, con los respectivos reajustes e incrementos anuales en 14 Mesadas Pensionales al año. SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar el favor de la demandante la señora DINA ESTRADA DE FANDIÑO el valor correspondiente al retroactivo pensional a la que tiene derecho, de conformidad con su proporción pensional en la suma de \$72.218.625 pesos liquidados desde el 12 de marzo de 2017, hasta el 31 de 2023, de conformidad con lo considerado en esta decisión, autorizando la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que dicho monto realicen los respectivos descuentos con destino al sistema general de Seguridad Social en salud, lo dispuesto en este numeral sin perjuicio de que está adelante las acciones de cobro pertinentes para el recobro del mismo. Ante la señora ANA VICTORIA PÉREZ PARRA, que en la actualidad ostenta exclusivamente el reconocimiento pensional en un 100%. SÉPTIMO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar en favor de la demandante DINA ESTRADA DE FANDIÑO, el valor correspondiente a los intereses moratorios de artículo 141 de la Ley 100 del 93 causados del 12 de junio de 2017 es decir 2 meses después de la solicitud pensional por parte de la demandante hasta que se verifique, su pago conforme que dispuesto en esta decisión. OCTAVO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte por la parte demandante, conforme a lo expuesto, NOVENO: REMITIR el presente proceso ante el Tribunal Superior de Bogotá sala decisión laboral en el grado jurisdiccional de consulta conforme a lo señalado. DECIMO: sin condena en costas en esta instancia. Antes o su no causación.” (Audiencia virtual, archivo 027 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 57:40).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia, informa que viene pagando el 100% de la prestación a ANA VICTORIA PEREZ PARRA desde la muerte del causante, pues la demandante, según la investigación que realizó la entidad y la prueba trasladada del Juzgado 21 de Familia de Bogotá, no acreditó el requisito de convivencia afectiva ni una vida en comunidad con el causante, razón por la cual no tiene derecho a sus pretensiones¹ (Audiencia virtual, archivo 022 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:02:31).

¹ “Gracias su Señoría muy respetuosamente me permito presentar recurso de apelación referente a la decisión de primera instancia, pues teniendo en cuenta que mi representada a través de la resolución 24686 del 01 de enero de 2006, reconoció una pensión de vejez a favor del señor Juan Bautista Fandiño y con ocasión del fallecimiento del mismo, ocurrido el 11 de marzo de 2017, se presentaron los reclamar la pensión de sobrevivientes, la señora Dina Estrada en calidad de cónyuge y la señora Ana Victoria Pérez, en calidad de compañera permanente teniendo en cuenta, pues, la fecha de fallecimiento, es decir, el estudio que debe realizarse bajo la vigencia de la ley 792 de 2003 y frente a las pretensiones de la demandante, es importante resaltar de las normas jurídicas que deben ser tomadas en consideración para establecer la existencia de un la existencia del derecho a una prestación por sobrevivientes, son las que estén vigentes al momento en que ocurra la fecha del fallecimiento. Así las cosas, que para el presente caso, la fecha de fallecimiento se concretó en el año 2017 y, en consecuencia, la normatividad que aplica, como ya se dijo que la que modificó la ley 100, modificada por el artículo por la Ley 797 en 2003 en la cual se indica cuáles son los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes debemos tener en cuenta que, de conformidad con como se pudo comprobar en el estudio y la investigación que realiza mi representada el señor, el señor Juan Bautista y la señora Ana Victoria Parra demostraron una convivencia por 46 años, es decir, desde el año 71 hasta la fecha efectiva de fallecimiento y, por el contrario, no se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por la señora Dina Estrada, ya que una vez analizada y revisada las pruebas aportadas en la investigación administrativa, se comprobó que ellos no convivieron en los últimos 5 años antes del fallecimiento del causante solamente se pudo acreditar pues que convivieron desde el 61 hasta el 71, cuando liquidaron su sociedad conyugal y no volvieron a sostener convivencia, es decir, solo convivieron más o menos por un lapso de 10 años con esa información que obra en el expediente de mi representada, se tomó la decisión y con el con el propósito de salvaguardar los derechos de los recursos de la Seguridad Social de determinar con certeza pues, que la señora Dina Estrada sí convivió con el no permite determinar perdón, concentres a que la señora Diana Estrada haya convivido con el causante en los últimos años de su fallecimiento y de acuerdo con lo anterior mediante resolución SUB83822 del 30 de mayo de 2017 Colpensiones, negó la pensión de sobrevivientes a la señora Dina Estrada y la concedió a favor de la señora Ana Victoria Pérez Parra exclusivamente debemos tener en cuenta, pues también los el material probatorio que fue objeto de estudio en este proceso. Tener en cuenta, pues, que la prueba documental trasladada al juzgado de familia en la cual se hace un reconocimiento tácito, expreso, expreso, perdón sobre la convivencia entre la señora y Ana Victoria del señor Juan Bautista, donde se hace este reconocimiento y se allanan incluso las pretensiones de la demanda para y que se hiciera el reconocimiento de la existencia de la Unión marital de hecho, todas estas razones, y teniendo en cuenta, pues, que no existió, no se demostró que existiera la convivencia afectiva, que no se demostró que existiera una vida en comunidad entre la señora Dina Estrada y el señor Juan Bautista, no se demostró el apoyo mutuo para esa época. Existió mucha en incongruencia entre los hechos narrados por la fecha fallecimiento los hechos la el motivo de fallecimiento del señor Juan, razones por las cuales llevan a esta a esta defensa decir que pues no existe certeza sobre la convivencia afectiva, razones por la cual pues existe una, existían este proceso una, una inasistencia al derecho reclamado y un cobro de lo no debido por esas razones, solicitó respetuosamente al a la sala

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia: (i) que JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA falleció el 11 de marzo de 2017 (página 86 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia); (ii) que mediante resolución SUB 83822 de 30 de mayo de 2017, COLPENSIONES reconoció la sustitución pensional a ANA VICTORIA PÉREZ PARRA a partir del 11 de marzo de 2017, y negó el reconocimiento a DINA ESTRADA DE FANDIÑO; (iii) que JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA y DINA ESTRADA DE FANDIÑO contrajeron matrimonio católico el 25 de noviembre de 1961 (ver página 102 archivo 01); (iv) que mediante escritura pública No. 3149 de 16 de julio de 1997 se liquidó la unión marital de hecho entre ANA VICTORIA PÉREZ PARRA y JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA (ver página 25 a 53 archivo 01); (v) que mediante sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá el 10 de noviembre de 1971 se decretó *la separación definitiva de bienes y liquidación de la sociedad conyugal formada por los esposos JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA y DINA ESTRADA DE FANDIÑO (...)* (ver página 167 a 182 archivo 01); (vi) que el Juzgado 21 de Familia de Bogotá mediante sentencia del 19 de noviembre de 2019 declaró la unión marital de hecho entre ANA VICTORIA PÉREZ PARRA y JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA entre el 22 de julio de 1997 y el 11 de marzo de 2017, decisión confirmada por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 15 de octubre de 2020 (ver archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

El Tribunal debe definir las materias que fueron objeto de apelación, y en Consulta a favor de la COLPENSIONES todos los aspectos que le resultaron desfavorables a la entidad de la decisión de primera instancia, específicamente: (i) si se causó o no el derecho a pensión de sobrevivientes

laboral se ha estudiado esta este este proceso y revocar la decisión de primera instancia. Muchísimas gracias en estos términos, pues dejó sentado mi recurso de apelación. Muchas gracias, señor juez."

(por sustitución pensional) en favor de DINA ESTRADA DE FANDIÑO, y en dado caso (ii) la procedencia de los intereses moratorios.

Así las cosas, para resolver la controversia el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, a la cónyuge o a la compañera permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco años antes del óbito. Sobre el requisito de convivencia cuando existe cónyuge con separación de cuerpos la norma exige que la sociedad conyugal se encuentra vigente o no disuelta (inciso segundo literal B, artículo 13 de la Ley 797 de 2003), y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que el esposo o la esposa pueden reclamar la prestación con base en esta parte de la norma si demuestran convivencia por 5 años en cualquier época dentro del matrimonio², al margen de que exista compañero o compañera permanente con quien se dispute la prestación pensional en el momento del fallecimiento³.

Sobre la vigencia y contenido de esta norma, la sentencia C-515 de 2019 de la Corte Constitucional dispuso, con efectos de Cosa Juzgada Constitucional y por ello de obligatorio acatamiento para todos los jueces, que el requisito señalado se encuentra vigente, y explicó que con ello *“el legislador optó por desplazar el criterio de convivencia, por el de vigencia o no de la sociedad conyugal”*. En consecuencia declaró constitucional el aparte normativo, advirtiendo que *“el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea, y el mismo corresponde con: (i) la amplia potestad de configuración del legislador en materia pensional; y (ii) los efectos que se derivan de la Constitución y la disolución de la sociedad conyugal, sobre las pensiones como derecho a suceder del cónyuge*

² Sentencia del 5 de junio de 2012 de la Sala Laboral de la CSJ rad 42631 MP CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE.

³ Sentencia del 24 de enero de 2012 de la Sala Laboral de la CSJ rad 41637 MP ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

supérstite” (sentencia C-515 de 2019, M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO).

A las consideraciones de la Corte Constitucional agrega esta Sala el criterio que ha expresado desde siempre en la materia, según el cual, la separación de cuerpos implica un distanciamiento en la vida afectiva de la pareja que integró una familia, lo que no excluye la subsistencia del derecho a la pensión cuando se mantiene una *comunidad económica* y este hecho se expresa jurídicamente con la subsistencia de la sociedad conyugal, pese al distanciamiento físico.

Con estas anteriores reglas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado en conjunto la totalidad del acervo probatorio arrimado al trámite y practicado en audiencias, la Sala revocará la decisión de primera instancia en cuanto reconoció a DINA ESTRADA DE FANDIÑO el 16,34% de la pensión que recibía en vida JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA, para en su lugar reconocer la prestación de sobrevivientes únicamente a favor de ANA VICTORIA PÉREZ PARRA, pues la sociedad conyugal del causante con DINA ESTRADA DE FANDIÑO se encontraba disuelta para la fecha de la muerte del causante.

En relación con ANA VICTORIA PÉREZ PARRA -por el contrario- se demostró convivencia con el causante dentro de los 5 años previos al deceso en los términos contemplados en la norma y la jurisprudencia citada, esto es, conformando un núcleo familiar estable identificado por *lazos de afecto, sentimiento, apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua*.

(i) Frente a DINA ESTRADA DE FANDIÑO se probó que mediante sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá el 10 de noviembre de 1971 se decretó *la separación definitiva de bienes y liquidación de la sociedad conyugal formada por los esposos (...)* (ver página 167 a 182 archivo 01), además de la separación de bienes, obra evidencia suficiente de que la pareja se separó de cuerpos, situación que reconoció la misma

demandante en el interrogatorio de parte, al informar que el causante salió a un viaje de trabajo en diciembre de 1970 y no regresó al hogar. Aunado a ello, en el escrito donde se allanó a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de declaración de unión marital de hecho⁴ que fue decretado como prueba trasladada, dijo *que mediante providencia de fecha 31 de julio de 1979, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, decretó la separación de cuerpos entre JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA y DINA ESTRADA SERRATO* (ver páginas 265 a 268 archivo 24 trámite de primera instancia), lo que se corrobora en el registro civil de matrimonio donde se registró la respectiva nota marginal (ver página 102 archivo 01).

(ii) Frente a ANA VICTORIA PÉREZ PARRA, COLPENSIONES viene pagando la prestación. Además, se demostró el inicio de la convivencia a partir de 1970 de la escritura pública No. 3149 del 16 de julio de 1997 y de la declaración de la demandante en el escrito inicial en la que aceptó la convivencia de la pareja desde el 8 de diciembre de 1970 y hasta el 1 de julio de 1997⁵, lo que fue ratificado al absolver interrogatorio de parte. De lo anterior, se desprende que la convivencia del causante con ANA VICTORIA PÉREZ PARRA tuvo dos periodos, el primero del 8 de diciembre de 1970 y hasta el 16 de julio de 1997 -sobre el cual no hay discusión-, y el segundo del 22 julio de 1997 hasta el 11 de marzo de 2017, como se pasa a estudiar.

Sobre la materia se allegó al plenario certificación expedida por la EPS SANITAS de fecha 5 de abril de 2017, donde se registra a ANA VICTORIA PÉREZ PARRA afiliada en calidad de beneficiaria del causante desde el año 2003 (ver página 76 y 77 archivo 24), también se allegó certificado de afiliación expedido por COOPSERPARK S.A.S. de fecha 6 de abril de 2017, en este se

⁴ JUZGADO 21 DE FAMILIA DE BOGOTÁ RADICADO 2017 00230 PROCESO VERBAL DE DECLARATORIA DE EXISTENCIA DE UNIÓN MARITAL DE HECHO Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL POR CAUSA DE MUERTE ENTRE ANA VICTORIA Pérez PARRA Y JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA.

⁵ 1. El señor JUAN BAUTISTA FANDIÑO en vida convivió con la señora ANA VICTORIA PÉREZ PARRA, por ámbito temporal desde el 8 de Diciembre de 1970 hasta el 1° de julio de 1997, es decir, por un ámbito temporal de veintisiete (27) años. Según escritura pública No. 3149 del 16 de julio de 1997, fecha en que se liquidó la unión marital de hecho.

registró como cónyuge del causante a la aquí interviniente excluyente desde el año 1999 (ver página 79 archivo 24), pruebas de las cuales se desprende que la pareja mantuvo la unión después de la liquidación de la sociedad patrimonial -año 1997- y hasta el deceso del causante.

Adicionalmente se aportó el escrito en el que DINA ESTRADA DE FANDIÑO - aquí demandante- y JUAN CARLOS FANDIÑO ESTRADA, ESPERANZA FANDIÑO ESTRADA, DILSA FANDIÑO ESTRADA, ALEXANDRA MARÍA FANDIÑO PÉREZ, MAYERLY FANDIÑO PÉREZ y PABLO FANDIÑO, hijos del causante, se allanaron a las pretensiones del proceso de declaración de unión marital de hecho⁶, dijeron que a partir del 22 julio de 1997 la pareja conformada por ANA VICTORIA PÉREZ PARRA y JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA, *decidieron de nuevo y de mutuo acuerdo, conformarse como pareja, con una unión de vida estable, permanente y singular, con mutua ayuda tanto económica como espiritual al extremo de comportarse exteriormente como marido y mujer*, unión que perduró por más de 19 años, y que finalizó el 11 de marzo de 2017 (ver páginas 265 a 279 archivo 24 trámite de primera instancia).

En lo que tiene que ver con los testimonios que se aportaron como prueba trasladada⁷, se advierte que fueron claros y espontáneos en manifestar lo que conocieron por percepción directa, dados los vínculos de amistad con la pareja, al efecto el señor JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ en su declaración dio cuenta de la convivencia de la pareja, y la señora SILVIA CASTIBLANCO, dijo que los conoce desde 1980 y que vivió en la casa de la pareja ANA VICTORIA PÉREZ PARRA y JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA, informó que la pareja vivía en el tercer piso de la casa, y que la señora ANA VICTORIA atendía las

⁶ JUZGADO 21 DE FAMILIA DE BOGOTÁ RADICADO 2017 00230 PROCESO VERBAL DE DECLARATORIA DE EXISTENCIA DE UNIÓN MARITAL DE HECHO Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL POR CAUSA DE MUERTE ENTRE ANA VICTORIA PÉREZ PARRA Y JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA.

⁷ Testimonio que fue rendido ante el JUZGADO 21 DE FAMILIA DE BOGOTÁ RADICADO 2017 00230 PROCESO VERBAL DE DECLARATORIA DE EXISTENCIA DE UNIÓN MARITAL DE HECHO Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL POR CAUSA DE MUERTE ENTRE ANA VICTORIA PÉREZ PARRA Y JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA

necesidades y los diagnósticos de salud del causante. Tales declaraciones, como se dijo, lucen espontáneas y dan clara cuenta de la convivencia de la pareja por lo menos durante los 5 años anteriores al deceso exigidos por la norma y la jurisprudencia para acceder a la pensión de la compañera.

Además obra la declaración de unión marital de hecho por el Juzgado 21 de Familia de Bogotá mediante sentencia del 19 de noviembre de 2019, decisión confirmada por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 15 de octubre de 2020 (archivo 24).

Por todo lo dicho, como ya se advirtió, se modificará la sentencia de primera instancia, para disponer el reconocimiento pensional a favor de la interviniente excluyente ANA VICTORIA PÉREZ PARRA en un 100%, esto es en las mismas condiciones en que COLPENSIONES mediante resolución SUB 83822 de 30 de mayo de 2017, le reconoció la sustitución pensional a partir del 11 de marzo de 2017.

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. REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
- 2. DECLARAR** que ANA VICTORIA PÉREZ PARRA es beneficiaria del 100% de la pensión de sobrevivientes que dejó causada JUAN BAUTISTA FANDIÑO BONILLA.
- 3. COSTAS** de primera instancia a cargo de DINA ESTRADA DE FANDIÑO.
- 4. SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 14 2020 00327 01
Clara Jimena Sabogal Gómez 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 CLARA JIMENA SABOGAL GÓMEZ CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 30 de marzo de 2023 por la Juez Catorce (14) 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, CLARA JIMENA SABOGAL GÓMEZ 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 laboral, se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual efectuado mediante la afiliación a la AFP PORVENIR, porque se realizó de manera engañosa y sin una asesoría verdadera, adecuada, suficiente, clara y oportuna. En consecuencia, pide que se declare que tiene derecho a permanecer vinculada al RPM y se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que realizó en el RAIS desde el irregular traslado hasta cuando se verifique su

EXP. 14 2020 00327 01

Clara Jimena Sabogal Gómez vs Colpensiones y otro.

retorno al RPM, debidamente indexados, y a esta última, a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral. (ver demanda y su subsanación archivos 04 y 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que el traslado de la demandante al RAIS fue válido al estar precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993. Indica que la demandante alega un error de derecho pues no aporta prueba alguna que permita concluir que el traslado se dio bajo un vicio del consentimiento. Señala que la demandante tuvo múltiples oportunidades para verificar y ampliar la información otorgada por el fondo, pero no realizó ninguna gestión. Sostiene que no es viable que la demandante, 21 años después del traslado inicial, manifieste su deseo de retornar al RPM, cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y al traslado, pero no lo hizo. 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 1 a 29, archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad al suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Asegura que al momento del traslado la demandante no se encontraba inmersa en alguna causal de prohibición, y que la suscripción del formulario de afiliación denota la aceptación de las características del RAIS. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el*

EXP. 14 2020 00327 01
Clara Jimena Sabogal Gómez vs Colpensiones y otro.

consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema(Acto legislativo 01 de 2005, que adiciono 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 genérica. (ver contestación folio 1 a 33 del archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de marzo de 2023, mediante la cual la Juez Catorce (14) 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 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 literal¹:
“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hicieron los demandantes señores CLARA JIMENA SABOGAL GÓMEZ proceso 327 de 2020, LUIS ENRIQUE MORA MOLANO PROCESO 195 de 2021 Y MARTHA STELLA MURILLO RODRÍGUEZ proceso 231 de 2021, del régimen de prima media al de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió ese acto de traslado y por tanto siempre estuvieron afiliados los demandantes al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de las cuentas individuales de ahorro de cada demandante incluidos rendimientos financieros sin efectuar descuento alguno por

¹ La juez acumuló en la sentencia varios procesos; sin embargo, el conocimiento de la Sala se circunscribe únicamente al expediente bajo radicado 14 2020 00327 01, en el que funge como demandante Clara Jimena Sabogal Gómez.

EXP. 14 2020 00327 01

Clara Jimena Sabogal Gómez vs Colpensiones y otro.

concepto de gastos de administración, prima de seguros previsionales y porcentaje de pensión de garantía mínima, los que debe retornar al régimen de prima media debidamente indexados. TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por el extremo pasivo en cada proceso. CUARTO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas en cada causa judicial” (Audiencia virtual, récord 39:54, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, su apoderado afirma que la demandante realizó el traslado de manera voluntaria acatado la normatividad vigente para la fecha del traslado. Asegura que las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encuentran contempladas en la Ley 100 de 1993 por lo que la demandante en cualquier momento pudo validar la información otorgada. Señala que al presumirse que jamás existió afiliación deben reconocerse los gastos en que incurrió la administradora por los conceptos de comisión de administración y seguros previsionales al no encontrarse estas sumas en su poder. Advierte que no es viable ordenar la indexación junto con la devolución de los rendimientos al compensarse con los últimos la pérdida del poder adquisitivo de la moneda² (Audiencia virtual, récord 46:00, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

² *“Muchas gracias su señoría de la manera más respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia solicitando al honorable Tribunal de la Sala Laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de la demandante en el RAIS así como las condenas interpuestas en contra de la AFP Porvenir por cuanto las siguientes consideraciones: En primer lugar debe tenerse en cuenta que aunque hay un precedente claro no se debe aplicar de manera homogénea en todos los procesos donde se solicite la nulidad o la de ineficacia por incumplimiento en el deber de información en este evento debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso situación que para mí representada no se da en el presente asunto, la demandante realizó válidamente su traslado al régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones todo esto de conformidad con la normativa vigente a partir del traslado en el caso de la demandante en el año 1999 así mismo en la actualidad cabe aclarar que no existía el deber de información en los términos que fueron reclamados en la demanda, ni declarados en el fallo de instancia. Ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993 por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento la información otorgada por mi representada de igual manera como todo consumidor financiero la demandante debió actuar con plena diligencia por lo menos a adquirir la información suficiente sobre el acto jurídico por el que estaba optando con mayor razón si los datos relevantes que precisaban las consecuencias de esa decisión eran de fácil acceso, Así mismo teniendo en cuenta el buen actuar de mi representada el cual siempre ha sido de buena fe estas acciones repercuten los supuestos legales vigentes al momento de realizar el traslado de régimen, en relación con los rendimientos su señoría debe señalarse que de ser declarada la ineficacia del traslado el efecto legal de dicha ejecutoria es que tanto*

EXP. 14 2020 00327 01

Clara Jimena Sabogal Gómez vs Colpensiones y otro.

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado afirma que la *a quo* al momento de proferir sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, esto es, que esa entidad es un tercero ajeno al acto jurídico y por ello no puede verse afectado ni beneficiado por las consecuencias del contrato celebrado entre las partes. Asegura que con la decisión adoptada se ve afectado el equilibrio financiero del sistema al saltarse la prohibición legal de traslado contemplada en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Solicita que en caso de confirmarse la sentencia, se ordene a la AFP que incumplió el deber de información pagar los perjuicios económicos generados³ (Audiencia virtual, récord 50:30, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

los recursos como rendimientos deben corresponder en general a las reservas generales del ISS hoy Colpensiones y no los podría generar el régimen de ahorro individual con solidaridad pues no tendría sentido que si el traslado ante el RAIS no surtido efecto legal se obligue a trasladar los rendimientos propios de este régimen pues en caso contrario y contrario a las restituciones mutuas al trasladar los frutos generados por el régimen con el que se predica jamás existió afiliación deberá reconocerse en consecuencia los gastos en que incurrió para poder administrar dichos aportes, gastos que se sintetizan en la comisión de administración y las primas de seguros previsionales para efectos de la cobertura pensional en los casos de invalidez y muerte en el mismo orden de ideas tampoco es procedente que la administradora deba reintegrar las sumas por pagos de conceptos de primas de seguros previsionales por cuanto ya no están en su poder sino en las aseguradoras que mi representada contrato para el pago de sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requerían y que con todo lo señalado anteriormente debe indicarse que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente conforme al concepto emitido por la Superintendencia Financiera quien es la encargada de vigilar entre otras a las sociedades administradoras de fondo de pensiones que cuenta dentro de sus facultades la de emitir conceptos doctrinales respecto temas de su competencia al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la norma específica dispuesta para ello que no es más que el artículo séptimo del Decreto 3995 del 95 que dicha normativa debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos lo que desde luego incluye restituciones mutuas se solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de primera instancia relativa a la indexación de los valores objeto de las condenas impuestas a mi representada en la medida en que la Juez dispuso la devolución de los rendimientos de capital que se encontraban en la cuenta de la demandante ello así como bien lo ha venido señalando el honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali esta última concretamente en las sentencias 0182019473 se ha determinado que no es viable ordenar la indexación toda vez que con los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, por último en lo que corresponde a las agencias en derecho debe aclararse que desestimada la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a cargo de mi representada por consiguiente deberá desestimarse la condena en costas, es por todo lo anterior su señoría que solicito respetuosamente al honorable Tribunal Superior revocar la sentencia de instancia, muchas gracias.”

³ “Su señoría estando dentro del término legal me permito presentar el recurso de apelación para ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en contra de las sentencias proferidas por el Juzgado 14 laboral del Circuito de Bogotá en los procesos 2021 231, 2020 327 y 2021 195 recurso que sustento en los siguientes términos: Solicito a los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad ya que pues el *a quo* al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en el

EXP. 14 2020 00327 01
Clara Jimena Sabogal Gómez 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

entendido en qué Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre los actores y la AFP Porvenir y pues en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos Inter partes por lo cual es independientemente de la decisión adoptada por el juez en razón de la declaratoria o no de la ineficacia del traslado pues mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma pues como se ha manifestado Colpensiones nada tuvo que ver en la decisión tomada por los actores por lo que de esta manera le solicitó al honorable Tribunal Sala Laboral que no se condene a mi representada a recibir a los actores como afiliados al RPM pues con esta decisión como consecuencia de la declaratoria de inexistencia se está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 48 de la constitución política y adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005 ya que en caso de esta condena pues debe tenerse en cuenta el impacto en el PIB, en la reserva pensional que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos de esta manera también le solicito a la sala que estudie de manera juiciosa este escenario en el cual pues la AFP que faltó a su deber legal de información pues no acarrea graves consecuencias con la declaratoria de ineficacia pero Colpensiones mi representada que como ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración de los actos jurídicos pues si las acarrea ya que con el retorno de los actores al régimen de la AFP existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales lo cual genera un grave impacto en el equilibrio financiero en el sistema general de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se tiene para esos fines y ahora bien pues conforme a lo estipulado en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e del artículo 13 de la Ley 100 del 93 se señala que los demandantes ya se encuentran inmersos en la prohibición para trasladarse de régimen pensional en últimas pues si se determina que no existe otra posibilidad más que ordenar el traslado de los demandante al RPM pues solicito al Tribunal condene a la AFP que incumplió su deber legal de información a los afiliados y pague a mi representada los perjuicios económicos que ello genera para mi representada lo anterior y pues en atención a que en virtud de la teoría del daño del derecho civil quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico como lo es Colpensiones de esta manera dejo presentado el recurso reiterando al honorable Tribunal Sala Laboral se revoquen los fallos proferidos por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar absuelva a mi poderdante de todas y cada una de las pretensiones incoadas en los escritos introductorios. .”

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 35⁴ años de edad y había cotizado 35⁵ 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 8 meses y 24 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido la edad para adquirir el

⁴ Nació el 30 de noviembre de 1963, folio 17 archivo 03.

⁵ Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, válida para bono pensional, folio 608 e historia laboral expedida por Colpensiones folio 681 del archivo 14.

⁶ *Ibídem*

EXP. 14 2020 00327 01

Clara Jimena Sabogal Gómez vs Colpensiones y otro.

derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver folio 34 del archivo 08 y el archivo 06 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}. 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 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*

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”.*

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).

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 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

EXP. 14 2020 00327 01
Clara Jimena Sabogal Gómez vs Colpensiones y otro.

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, el asesor de PORVENIR le explicó que afiliarse a ese fondo era su mejor opción debido a que el Instituto de Seguros Sociales estaba pasando por un mal momento, se estaba quebrando y que corría un riesgo grande de perder su pensión, mientras que en PORVENIR aseguraba su derecho pensional en el momento que quisiera, por ello procedió a diligenciar el formulario y firmarlo. Nadie le explicó nada diferente a ello, anotó (Audiencia virtual del 21 de marzo de 2023, archivo 20 y 21 del expediente digital, récord 07:25).

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 de la demandante incluyendo rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima a cargo de aquella debidamente indexados.

EXP. 14 2020 00327 01
Clara Jimena Sabogal Gómez vs Colpensiones y otro.

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

Ateniendo el recurso de apelación propuesto por 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

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. 14 2020 00327 01

Clara Jimena Sabogal Gómez vs 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 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.

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. 14 2021 00048 01

José Gabriel Calderón Jiménez contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ GABRIEL CALDERÓN JIMÉNEZ
CONTRA FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 el demandante, contra de la sentencia dictada el 25 de abril del 2023 por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones relacionadas con el reajuste de la mesada pensional por invalidez reconocida al demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ GABRIEL CALDERÓN JIMÉNEZ presentó demanda contra el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare que la demandada es la obligada al pago de la pensión de invalidez causada por el demandante y debe pagar los reajustes previstos en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, con los respectivos incrementos anuales de los años 1993, 1994 y 1995 debidamente indexados.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que laboró para los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA entre el 28 de abril de 1980 y el 30 de mayo de 1988 y fue retirado de la empresa por presentar una pérdida

EXP. 14 2021 00048 01

José Gabriel Calderón Jiménez contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

de capacidad laboral que lo incapacitaba para desempeñar su labor, en consecuencia, mediante la resolución No. 0676 del 21 de octubre de 1988, el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA le reconoció pensión mensual de invalidez efectiva a partir del 12 de junio de 1985, con una primera mesada de \$57.029,26. Afirma que nunca le fueron reconocidos ni aplicados los reajustes previstos en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 (ver demanda folios 1 al 25 del archivo No. 04 y subsanación de la demanda archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda, fue contestada por el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Aceptó lo relacionado con el tiempo de servicios. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones afirmando que al demandante le fue reconocida pensión de invalidez *el día 21 de octubre de 1988 mediante Resolución No. 0676, con efectividad a partir del 01 de junio de 1988, teniendo en cuenta lo dispuesto en las leyes 6ª y 1953 de 1045 en concordancia con el artículo 18 inciso d) de la convención colectiva de trabajo de 1973*, y aseguró que la prestación se ha venido pagando en debida forma junto con los reajustes determinado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Dijo que mediante sentencia C 531 de 1995 el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 fue declarado inexecutable. En su defensa propuso las excepciones que denominó *prescripción, cobro de lo no debido, buena fe del FONDO PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, presunción de legalidad y la genérica*. (ver contestación folios 107 a 112 del archivo No. 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de abril de 2023, mediante la cual la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar la decisión, considero que el reajuste ordenado en la en la Ley 6 de 1992 se extiende a las pensiones de invalidez causadas con antelación al 1 de enero de 1989, pero revisados los ajustes anuales realizados a la mesada del demandante no

EXP. 14 2021 00048 01

José Gabriel Calderón Jiménez contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

había diferencia entre el valor del incremento de la mesada con relación al valor autorizado por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “PRIMERO: ABSOLVER a la demandada *FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA* de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante *JOSÉ GABRIEL CALDERÓN JIMÉNEZ*, conforme a lo expresado en la parte motiva de este proveído. SEGUNDO: *RELEVARSE* del estudio de los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo dado el carácter absolutorio del litigio. TERCERO: *CONDENAR* a la parte demandante en las costas de la acción que oportunamente serán tasadas. CUARTO: En el evento de no ser apelada esta decisión debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta.” (Audiencia virtual, récord 22:25, archivo No. 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, el demandante pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones. Afirmar tener derecho al pago de las diferencias previstas en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 pues se dispusieron para todas las pensiones sin distinguir en si es de jubilación o de invalidez. Reitera que su pensión de invalidez no fue reajustada en los años 1993 a 1995 en los términos ordenados por el artículo 116 la Ley 6 de 1992¹

¹ “Manifiesto al despacho que frente la decisión proferida en esta audiencia interpongo recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial con fin de que sea revocada la misma y en fallo de segunda instancia que cause ejecutoria se acoja en su totalidad las pretensiones y súplicas expuestas a favor de mi cliente en la demanda inicial sustentó la impugnación en las siguientes premisas de orden factico y jurídico: Mi cliente actuó dentro de la presente litis sí cumplía a cabalidad los requisitos para que se condene a pagar a su favor los reajustes de pensión consagrados en la Ley sexta de 1992 y en el Decreto reglamentario 2108 del mismo año conforme a caudal probatorio normativo y jurisprudencial que reposa en el presente proceso el actor se encuentra disfrutando de una pensión reconocida con anterioridad al día primero de enero 1989 la pensión que disfruta es una pensión del orden nacional reconocida en su momento por lo Ferrocarriles nacionales de Colombia la entidad demandada no aplicó a mi cliente cuando correspondía los reajustes expresos de la Ley sexta de 1992 y además año tras año con anterioridad a 1989 los reajustes anuales que aplicó a su pensión fueron mucho más bajos que los reajustes efectuados sobre los salarios mínimos de

EXP. 14 2021 00048 01

José Gabriel Calderón Jiménez contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

la época es decir perdió su poder adquisitivo y quedó reajustado en valores inferiores al salario mínimo del respectivo año a año el 116 de la Ley sexta de 1992 si bien es cierto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-531 de noviembre de 1995 esta declaratoria de inejecutibilidad produjo efectos pero hacia el futuro es decir y de acuerdo con la Ley estatutaria de Justicia Ley 270 de 1996 se tiene que produjo efectos y por lo tanto los reajustes y prerrogativas causados y determinados bajo su vigencia constituyen verdaderos derechos adquiridos para mi cliente en el entendido de que así los mismos no se hubieran reclamado en su oportunidad no deja de tener derecho a los mismos pues estos reajustes los puede reclamar en cualquier tiempo y por el intermedio de tipo en el cual la norma tuvo vigencia es decir surgió todos sus efectos mientras estuvo vigente en principio general y así lo ha entendido la jurisprudencia que los reajustes de pensión no prescriben por ser y hacer parte del derecho a la pensión que tampoco prescribe y se pueden reclamar en cualquier tiempo es algo que la disparidad de los reajustes entre las mesadas pensionales y los salarios mínimos se configuró con la expedición de la Ley 4 de 1976 y porcentualmente sólo se vino a superar con la expedición de la ley 71 de 1998 es por eso señor juez que uno de los requisitos de la Ley Sexta de 1992 es el pensionado y este gozando del incremento pensional antes del primero de enero de 1989 y durante la anualidades anteriores al año 1988 los reajustes que hubiera obtenido sobre su pensión hubieren sido mucho más bajos en comparación con el aumento de los reajustes efectuados sobre el salario mínimo de la época año tras año al desconocer el pretendido reajuste pensional se está vulnerando además los artículos 13, 46, 47, 48, 49, 53 constitucionales que determinan el derecho a que las pensiones mantengan su poder adquisitivo según lo asentado por el precedente constitucional según sentencia C-1336 de 2000 y de carácter fundamental que tiene la seguridad social en pensiones según tratados internacionales y el bloque de constitucionalidad los destinatarios del 2108 del 92 son aquellos pensionados afectados con la norma pensional establecida en la Ley cuarta de 1976 mediante la cual se dictaron normas sobre materia pensional en los sectores público, oficial, semi oficial y privado y en segundo lugar todos los pensionados que tenían derecho a una mesada pensional superior al salario mínimo con anterioridad a 1988 como es el caso del actor se vieron afectados por la pérdida total del poder adquisitivo de su mesada por lo cual la Ley sexta del 92 zanjó la diferencia de trato entre los pensionados que perdieron el poder adquisitivo de su pensión y los que lo conservaron y por ende mi cliente tiene total derecho a estos reajustes es importante advertir que la negativa del a quo se sustenta en que la normativa sólo se Perdón no obstante lo anterior es necesario aclarar que si bien es cierto y en principio la ley sexta del 92 y el 2108 de 1992 previo literalmente los reajustes para las pensiones de jubilación también es cierto que el Consejo de Estado como la Corte Suprema y la Corte Constitucional han consagrado ese derecho pensional o beneficio pensional con independencia de la modalidad de la pensión a manera de ejemplo en la sentencia T- 453 de 2011 la honorable Corte Constitucional señala que la Corte actúa como Tribunal de unificación de la jurisprudencia y en efecto vinculante de la ratio descenso es obligatorio para todas las autoridades judiciales y administrativas para mayor claridad de lo expuesto para el año 1982 el reajuste del salario mínimo fue del 30% mientras que la pensión se reajustó solo en un 13.33% para 1983 el salario mínimo se reajustó en 25% mientras que la pensión se reajustó en un 15% para 1984 el salario mínimo se reajustó en un 22%, mientras que la pensión se reajusto en un 12.49% para 1985 el salario mínimo se reajustó en un 20% y para la pensión se reajustó en un 11% para 1986 el salario mínimo se reajusto en un 24% mientras que la pensión se reajustó en un 10% para 1987 del salario mínimo se reajustó en un 22% mientras que la pensión se reajusto en un 12% para 1988 el salario mínimo se reajusto en un 11% es decir la pensión de invalidez se reajusto en mesadas inferiores al salario mínimo por lo cual es totalmente procedente el reajuste de las mesadas para 1992, 93, 94 y 95 en los porcentajes aquí señalados, el operador judicial de primera instancia desatiende los postulados de las sentencias de constitucionalidad 538, 634 y 611 de 2011 que señalan que el precedente jurisprudencial es una fuente formal de derecho ya la par de la Ley determina la obligatoriedad que tiene el operador judicial en el precedente jurisprudencial antes citado el cual fue omitido en el fallo de primera instancia, con la documental expedida por la entidad demandada se observa con claridad además de los reajustes dejados de aplicar para los años 1993, 1994 y 1995 se debió revisar los ajustes realizados en el momento en que adquirió el derecho a la pensión de invalidez es decir los establecidos en la Ley cuarta del 76 y en el año 1988 fecha en la que entro a regir la Ley 71 de 1988 observándose de un lado los incrementos

EXP. 14 2021 00048 01

José Gabriel Calderón Jiménez contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

(Audiencia virtual, récord 1:02:34, archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante Resolución 0676 del 21 de octubre de 1985 el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconoció pensión de invalidez a favor del demandante, a partir del 1° de junio de 1988 (folios 17 archivo 03 trámite de primera instancia del expediente digital).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si procede o no el pago del reajuste pensional previsto en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1996 al demandante.

Sea lo primero señalar que el ajuste a las pensiones establecido en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992² y reglamentado en los artículos 1° y 2° del Decreto 2108 de 1992³ se estableció para compensar las diferencias entre los

pensionales aplicados a la pensión del demandante son inferiores a los que fueron aplicados a los salarios mínimos de cada uno de estos años es decir efectivamente los reajustes fueron menores y generaron un incremento inferior a pensión frente al incremento de los salarios para 1993 y 1994 y 1995 en donde se aplicó el reajuste originario los actuales eran total y completamente compatibles con los reajustes de la Ley sexta de 1992 así las cosas y como quiera que nos encontramos frente a incrementos pensionales que son hechos notorios y exentos de prueba y que además se encuentran acreditados que la entidad demandada no los ha aplicado sobre la pensión de mi mandante solicito a su señoría se acceda con la suplica de la demanda ya que en caso de no accederse si implicaría en la aplicación del enriquecimiento sin justa causa en favor de la entidad demandada con el correspondiente empobrecimiento sin justa causa por lo anterior solicito a los honorables magistrados se conceda en su totalidad las pretensiones y pedimentos de la demanda y sea condenada la entidad a las costas del proceso muchas gracias señora Juez.”

² ARTÍCULO 116. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o de enero de 1989. Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente y no producirán efecto retroactivo.”

³ ARTICULO 1°— Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1o. de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios, serán reajustadas a partir del 1o. de enero de 1993, 1994 y 1995 así (...).

EXP. 14 2021 00048 01

José Gabriel Calderón Jiménez contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

aumentos de salarios y los aumentos de las pensiones de jubilación del sector público nacional que se habían reconocido con anterioridad al año 1989. Por ello por ello, el artículo 1º del decreto reglamentario dispuso expresa y claramente que el incremento se otorgaría *únicamente* para mesadas pensionales que presentaran diferencias en el aumento con el de los de salarios. Dicha norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-531 de 1995. Sin embargo, esa misma Corporación estableció que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se darían en el futuro –a partir de la notificación del fallo–.

Con ello mantuvo la vigencia de los incrementos de quienes, para esa fecha, habían cumplido los requisitos de pensión.

Así las cosas, procedía el ajuste para pensiones de jubilación causadas antes de 1989⁴, siempre y cuando: i) los aumentos a la pensión efectuados por la

ARTICULO 2º. Las entidades de previsión social o los organismos o entidades que están encargadas del pago de las pensiones de jubilación tomarán el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de 1992 y le aplicarán el porcentaje del incremento señalado para el año de 1993 cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1º.

El 1º de enero de 1994 y 1995 se seguirá igual procedimiento con el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de los años 1993 y 1994 respectivamente, tomando como base el porcentaje de la columna correspondiente a dichos años señalada en el artículo anterior.

Estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 71 de 1988.

⁴ “La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutoria de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (CP art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6º de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo

EXP. 14 2021 00048 01

José Gabriel Calderón Jiménez contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

entidad pagadora en el pasado hubieran sido inferiores a los incrementos del salario que hubiera decretados el Gobierno Nacional; y ii) se tratase de funcionarios del orden nacional.

Sobre este último requisito, reiterado criterio de la H. Corte Suprema de Justicia dictado como juez de casación laboral para unificar la jurisprudencia nacional, estableció que los ajustes contenidos en las normas que se estudian no se pueden hacer extensivos a servidores del nivel territorial (Ver sentencias SL 1361 de 2015, SL 15775 de 2014 y las dictadas el 12 de noviembre de 2014 con rad. 47697, el 11 de diciembre de 2003 con rad. 22107 y el 17 de julio de 2002 con rad. 18189⁵). Con esta misma línea interpretativa, y *mutatis mutandi*, no es posible extender los reajustes previstos para pensiones de *jubilación* a los pensionados por *invalidez*. Si la Corte no estimó válido el test de igualdad frente al origen nacional o territorial de la prestación, con mayor razón se debe negar la aplicación de las normas *por igualdad* a pensiones que cubre una contingencia diferente y que se tasan con criterios propios.

En consecuencia, y dado que la pensión reconocida al demandante es una pensión de invalidez (no de jubilación), no se cumplen las exigencias legales que darían acceso al derecho que se reclama en este expediente, razón suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia, pero por las razones antes expuestas.

No sobra señalar que tampoco se probó en el expediente que los aumentos a la pensión que efectuó la entidad pagadora hubieran sido inferiores a los incrementos al salario decretados por el Gobierno Nacional, por el contrario,

cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexequibilidad, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello”.

⁵ La última sentencia citada, dice: “De todos modos, no está por demás señalar que de concluirse acerca de la aplicabilidad de tales preceptos, ellos únicamente lo serían respecto de pensiones del orden Nacional, pues así está dispuesto en sus textos, de tal manera que habría que descartar su extensión a los pensionados del ámbito Departamental y Municipal como es el caso de los demandantes, ello sin perder de vista que tales normas fueron declaradas inconstitucionales por sentencia C – 531 de la Corte Constitucional, que desde luego no permite entonces su legal aplicación”.

EXP. 14 2021 00048 01
José Gabriel Calderón Jiménez contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

de la tabla de liquidación remitida al actor el 11 de septiembre de 2009 (ver páginas 60 y 61, archivo 06 trámite de primera instancia del expediente digital), se advierte que el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA realizó los ajustes a la mesada pensional del demandante en montos superiores a los decretados por el Gobierno, como se ve en el siguiente cuadro:

PENSIONADO		JOSE GABRIEL CALDERON JIMENEZ		23/11/2018	
CC	6667345				
CARNE#	134731				
		EFFECTIVIDAD PENSION		01/06/1988	
				DO/HH/AAAA	
Año	REAJUSTES DE LEY			VALOR	PENSION
	%	SOMA FIJA		PENSION	MINIMA
1988	11,00%	1.845,24 hasta \$46.229,99 y de \$102.549,00 en adelante		57.029,26	25.637,40
1988	15,00%	de \$46.230,00 hasta \$102.549,99		0,00	
1989	27,00%			72.427,18	32.559,60
1990	26,00%			91.258,22	41.025,09
1991	26,0492%			115.048,51	51.726,00
1992	26,04408%			145.011,84	65.190,00
1993	25,03451%			181.314,84	81.510,00
1993	12,00%	Para los pensionados: hasta el 31-DIC/91		0,00	
1993	7,00%	Desde el 1-ENERO/92 hasta el 31-DIC/98		0,00	
1994	21,09%			219.554,14	98.780,00
1994	12,00%	Para los pensionados: hasta el 31-DIC/91		0,00	
1994	7,00%	Desde el 1-ENERO/92 hasta el 31-DIC/98		0,00	
1995	22,59%			269.151,42	118.933,50
1995	4,00%	Para los pensionados: hasta el 31-DIC/91		0,00	
1996	19,46%	MAS AJUSTE 50 CENTAVOS PARA REDONDEAR		321.528,79	
1997	21,64%			391.107,62	172.005,00
1998	17,68%			460.755,45	203.826,00
1999	16,70%			537.118,11	
2000	5,23%			568.894,11	260.100,00
2001	8,75%			638.029,84	286.000,00
2002	7,65%			686.838,12	309.000,00
2003	6,99%			734.849,17	332.000,00
2004	6,49%			782.540,88	358.000,00
2005	5,50%			825.580,63	381.500,00
2006	4,95%			865.621,29	408.000,00
2007	4,48%			904.401,12	433.700,00
2008	5,69%			953.841,54	461.500,00
2009	7,67%			1.029.176,12	496.900,00
2010	2,00%			1.049.759,64	515.000,00
2011	3,17%			1.083.039,02	535.600,00
2012	3,73%			1.123.434,38	566.700,00
2013	2,44%			1.150.846,10	589.500,00
2014	1,94%			1.173.172,51	616.000,00
2015	3,66%			1.216.110,62	644.350,00
2016	4,77%			1.298.441,31	689.455,00
2017	5,75%			1.379.101,89	737.717,00
2018	4,09%			1.429.261,55	781.242,00

COSTAS de la segunda instancia a cargo del demandante.

EXP. 14 2021 00048 01

José Gabriel Calderón Jiménez contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

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** de la segunda instancia a cargo del demandante.

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 TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 14 2021 00179 01
Luis Jaime Chaparro Arciniegas 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 LUIS JAIME CHAPARRO ARCINIEGAS
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., treinta y uno (31) de julio 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 su favor, la sentencia dictada el 8 de mayo de 2023 por la Juez Catorce (14) 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 JAIME CHAPARRO ARCINIEGAS 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 *ineficacia* del traslado efectuado a

EXP. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas vs Colpensiones y otros.

PROTECCIÓN, por existir una falla en el deber de información al no explicarle las consecuencias, características, servicios, condiciones y las diferencias entre el RPM y el RAIS. En consecuencia, solicita que se declare la ineficacia de las posteriores afiliaciones a COLPATRIA y HORIZONTE y se ordene a PORVENIR y PROTECCIÓN realizar todos los trámites pertinentes para el retorno a COLPENSIONES incluyendo la devolución de los aportes, rendimientos y bonos pensionales, y a esta última hacer los trámites correspondientes para la convalidación de los dineros recibidos (ver demanda folios 2 a 25 del archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PORVENIR se opuso a las pretensiones, con fundamento en que no se aportó algún elemento probatorio que permita concluir que la voluntad del demandante se vio coartada de conformidad con el literal B del artículo 13 y 271 de la ley 100 de 1993. Asegura que las AFP demandadas cumplieron con el deber de información que les era oponible al momento del traslado de régimen a través de una asesoría veraz y clara. Sostiene que al demandante se le indicó que su afiliación era voluntaria, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual, que podría realizar aportes voluntarios periódicos u ocasionales, y que tendría derecho a un bono pensional, además de informarle sobre la pensión de sobrevivientes, características y formas de acceder a las prestaciones sociales del RAIS. Indica que no hay lugar al traslado de los gastos de administración ni los rendimientos ya que con la devolución se dejaría al demandante en una condición más favorable a la que tendría de haber permanecido en el RPM. 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 folios 2 a 32 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas vs Colpensiones y otros.

PROTECCIÓN también se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado fue un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se demuestra con el formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó de forma libre y espontánea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Sostiene que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no es causal de nulidad por estar contemplada en la Ley 100 de 1993. Advierte que el demandante actualmente se encuentra inmerso en la prohibición legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, al estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Presentó como excepciones las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a terceros de buena fe, traslado de aportes y la genérica.* (ver contestación folios 2 a 22 archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Advierte que al momento del traslado no se encontraba inmerso en las causales de prohibición de traslado vigentes para época por lo que el traslado es válido. En su defensa propuso las excepciones que denominó *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso 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*

EXP. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas vs Colpensiones y otros.

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, improcedencia del derecho pensional, prescripción y la genérica. (Ver contestación folios 337 a 367 del archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de mayo de 2023, mediante la cual la Juez Catorce (14) 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 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 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 de traslado que hicieron los demandantes ESPERANZA CALDERÓN y LUIS JAIME CHAPARRO ARCINIEGAS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado en el primer caso por PORVENIR y en el segundo caso por PROTECCIÓN S.A. señalando como consecuencia de esta declaración que ningún efecto cumplió o surtió tal acto y por tanto siempre estuvieron vinculados los demandantes en estos procesos al régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES. SEGUNDO: ORDENAR en el proceso 106 de 2021 de ESPERANZA CALDERÓN a PROTECCIÓN S.A. y en el proceso 179 de 2021 adelantado por LUIS JAIME CHAPARRO ARCINIEGAS a PORVENIR S.A. a que trasladen a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de sus cuentas individuales de ahorro incluidos rendimientos financieros sin descontar suma alguna por*

EXP. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas vs Colpensiones y otros.

concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje de pensión de garantía mínima, los cuales debe retornar debidamente indexados hacia COLPENSIONES, debiendo igualmente en estos procesos las AFPS hacia donde se produjo la migración de régimen pensional cumplir con esta obligación de reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron a título o al mismo título. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas en cada proceso por las demandadas y CUARTO: CONDENAR en costas de la acción a las demandadas en cada proceso, en oportunidad serán resaltadas.” (Audiencia virtual, récord 41:45, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR se opone al traslado de los gastos de administración, prima de seguros previsionales y la indexación. Afirma que, de acuerdo al artículo 39 del Decreto 656 de 1994, estos gastos pertenecen al patrimonio de la administradora y están separados de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual. Indica que los costos de administración son cubiertos mediante ese pago y que el fondo tenía la obligación de contratar a las aseguradoras para cubrir las contingencias establecidas en la Ley. Señala que con la devolución de los rendimientos no habría lugar a la indexación al representar una doble condena¹ (Audiencia

¹ Gracias señora Juez estando en la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de ser proferida con base en los siguientes argumentos: Debo señalar que frente a la condena a la devolución a mi representada de gastos de administración y primas de seguros previsionales como consecuencia del traslado de régimen pensional debemos señalar que estos conceptos se basan en la capitalización de los aportes pensionales depositados en la cuenta del afiliado donde también se consignan los rendimientos que generan dichos aportes, ahora bien del porcentaje del aporte un aparte se capitaliza en la cuenta de ahorro individual mientras que el remanente se destina a cubrir las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes, la prima de reaseguro de FOGAFIN y los gastos de administración así como el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el Fondo de Solidaridad en este punto es importante señalar que los costos derivados de la administración deben ser cubiertos mediante el cobro de gastos de administración que se encuentran asociados a las actividades propias del reconocimiento de pensiones y específicamente que están ordenados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Ahora bien en el artículo 39 del Decreto 656 del 94 estos gastos pertenecen al patrimonio propia de las administradoras de los fondos pensionales el cual se encuentra completamente separado de los recursos acumulados de la cuenta de los afiliados pues constituyen ingresos de las sociedades que administran los fondos de pensiones y que por la buena gestión

EXP. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas vs Colpensiones y otros.

virtual, récord 45:52, archivo No. 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que el Juez de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido de que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre las partes y por lo tanto no puede ser afectada ni beneficiada con la declaratoria de la ineficacia. Solicita no se le condene a recibir al demandante como afiliado del RPM pues ello afectaría el equilibrio financiero del sistema y la reserva pensional. Reitera que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003²

producen rendimientos en los aportes que haya hecho cada afiliado como en el presente caso, no resulta viable por lo tanto que como parte de las restituciones mutuas que correspondan se ordene a la administradora demandada que represento la devolución de estos gastos de administración y las sumas que acabo de mencionar las sumas previsionales teniendo en cuenta que está obligada mi representada frente a estas primas a contratar a las aseguradoras que se encarguen de estar presentes en caso de que se presente alguna de las contingencias establecidas en la ley por lo tanto al producirse rendimientos frente a estos aportes no sería por lo tanto tampoco procedente la devolución de los valores indexados puesto que se estaría condenando a mi representada a un doble pago teniendo en cuenta que estos rendimientos superaron incluso los pagos del demandante. Teniendo en cuenta lo anterior solicitamos respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sea revocada la sentencia de primera instancia y se absuelva a mi representada de estas condenas.

² “Gracias su señoría estando dentro del término legal me permito presentar recurso de apelación para ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en contra de las sentencias proferidas por el juzgado 14 laboral del Circuito de Bogotá, en los procesos 2021 179, 2021 106 recurso que sustento en los siguientes términos: Solicito a los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad toda vez que el a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en el entendido de que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre los actores y la AFP del RAIS y pues en razón que todos los actos jurídicos tiene efectos Inter partes por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el Juez en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado pues mi representada no puede ser afecta o beneficiada con la misma pues como se ha manifestado Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión tomada por actores por lo que le solicito al honorable Tribunal Sala Laboral que no se condene a mi representada a recibir a los actores como afiliados al RPM ya que con esta decisión consecuencia de la declaratoria de inexistencia pues se está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones pues el cual fue establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 de 2005 pues en el caso de esta condena debe tenerse en cuenta el impacto en el PIB y en la reserva pensional que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos. De esa manera igualmente le solicito a la sala que estudie de manera juiciosa este escenario en el cual, pues la AFP que falto a su deber legal de información no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia, pero Colpensiones mi representada que como ya se dijo es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en la celebración de los actos jurídicos pues si las acarrea con el regreso de

EXP. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas vs Colpensiones y otros.

(Audiencia virtual, récord 53:16, archivo No. 28 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 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*

los actores al RPM existe una alta posibilidad de un posible futuro reconocimiento de derechos pensionales lo cual pues genera como ya se dijo un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para esos fines. Ahora bien, conforme a lo estipulado en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 pues se señala que según la anterior norma los demandantes ya se encuentran inmersos en la prohibición para trasladarse de régimen pensional y en ultimas pues si se determina que no hay otra posibilidad que ordenar el retorno de los demandantes al RPM pues solicito al Tribunal que condene a la AFP que incumplió su deber legal de información a los afiliados pague a mi representada los perjuicios económicos que ello genera para mi representada pues lo anterior en atención a la teoría del daño en derecho civil quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero ajeno al acto jurídico como lo es Colpensiones. De esta manera dejo presentado el recurso reiterando al honorable Tribunal Sala Laboral que revoque los fallos proferidos por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

EXP. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas vs Colpensiones y otros.

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 tenía 35³ años de edad y había cotizado 221,29⁴ 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, 2 meses, 6 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 60 años de edad- ver folio 2 del archivo 10 del expediente administrativo y archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

³ Nació el 6 de enero de 1961.

⁴ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folio 368 a 373 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ *Idimen*

EXP. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas 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*

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. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas vs Colpensiones y otros.

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 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).

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

EXP. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas vs Colpensiones y otros.

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, le indicaron que el ISS iba desaparecer y que en el fondo privado se podría pensionar con una pensión más alta y más rápido, no obstante, nunca le explicaron cómo funcionaba el RAIS o cuales eran los requisitos para pensionarse. (Audiencia virtual del 05 de marzo de 2023, archivo 19 del expediente digital, récord 10:57).

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. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas vs Colpensiones y otros.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, así como a cargo de ésta y de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración a COLPENSIONES, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa. (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”* (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.

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. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas vs Colpensiones y otros.

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 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. **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 RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 14 2021 00179 01

Luis Jaime Chaparro Arciniegas 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.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [unclear]'.

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 JOSÉ JOAQUÍN HERNÁNDEZ MURCIA
CONTRA PRIMAX COLOMBIA S.A. y SKANDIA PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de julio 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 PRIMAX COLOMBIA S.A., contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2023. En ella se DECLARÓ la existencia de una relación de trabajo entre el demandante y PRIMAX COLOMBIA S.A., se ordenó el pago del cálculo actuarial ante la AFP SKANDIA para convalidar el tiempo de servicio cumplido entre el 14 de agosto de 1979 a 31 de julio de 1989, y se ordenó a la AFP SKANDIA que una vez reciba el cálculo ordenado *proceda a reliquidar la prestación pensional del señor demandante desde el día 01 de octubre del año 2018.*

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ JOAQUÍN HERNÁNDEZ MURCIA presentó demanda contra PRIMAX COLOMBIA S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca, a través de cálculo actuarial, el valor de los aportes que corresponden al periodo laborado para PRIMAX COLOMBIA S.A. entre el 14 de agosto de 1979 y el 31 de julio de 1989; y se ordene la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al demandante.

Sobre los hechos que fundamentan las pretensiones, aduce que nació el 24 de julio de 1956, se vinculó mediante contrato de trabajo a ESSO COLOMBIANA LIMITED desde el 14 de agosto de 1979 hasta el 31 de julio de 1989, periodo en el cual no fue afiliado al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES para los riesgos de vejez, invalidez y muerte. Asegura que su empleadora tenía la obligación de hacer la reserva para el eventual pago de prestaciones económicas pensionales. PRIMAX COLOMBIA S.A, es actualmente la sociedad legalmente responsable por los actos de la sociedad anónima denominada ESSO COLOMBIANA LIMITED, de conformidad con lo registrado en la escritura pública número 2169 del 16 de agosto de 2001 de la notaría 30 de Bogotá, como consta en el certificado de existencia y representación legal. Afirma que empezó a cotizar en el RPM el 30 de octubre de 1975 y que la AFP SKANDIA le reconoció la pensión de vejez sin tener en cuenta el periodo laborado con ESSO COLOMBIANA LIMITED (ver demanda archivo 01 trámite de primera instancia expediente digital).

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

PRIMAX COLOMBIA S.A., mediante apoderada contestó la demanda. Aceptó la existencia de la relación laboral y sus extremos. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no tiene ningún tipo de obligación o pasivo pendiente por reconocer al demandante, pues para la época del vínculo no existía la obligación legal de afiliar y efectuar cotizaciones al extinto ISS, la asunción de riesgos por vejez por parte de esta entidad fue gradual y progresiva como lo previó el artículo 72 de la Ley 90 de 1946. Asegura que no puede predicarse la omisión del empleador mientras no fuera forzosa la obligación de afiliación y pago de aportes para la aplicación del cálculo actuarial de que trata el Decreto 1887 de 1994. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de obligación pendiente, no se cumplen los requisitos para la expedición del cálculo actuarial y/o título – bono pensional, aplicación del principio de confianza legítima y seguridad jurídica, buena fe, prescripción y la*

genérica (ver contestación archivo 17 del trámite de primera instancia expediente digital).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., mediante apoderado también contestó la demanda. Aceptó el reconocimiento de la pensión de vejez y se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que se encuentran dirigidas en contra de un tercero. Explicó que *un cálculo actuarial por omisión en el pago de aportes pensionales a favor de un afiliado al Sistema General de Pensiones, es viable siempre y cuando sea el ex empleador quien realice la solicitud, tal y como lo establece el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003*. Propuso como excepciones de mérito las de *prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* (ver contestación archivo 19 del trámite de primera instancia expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de mayo de 2023, a través de la cual el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia del contrato de trabajo, y ORDENÓ a ESSO COLOMBIANA LIMITED hoy en día representada por la aquí demandada PRIMAX COLOMBIA S.A., en calidad de empleador, el pago del cálculo actuarial que para el efecto realice la AFP SKANDIA. Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia encontró probada la relación laboral entre el demandante y ESSO COLOMBIANA LIMITED en el periodo comprendido entre el 14 de agosto de 1979 y el 31 de julio de 1989, razón por la cual al empleadora debe pagar los aportes a través de cálculo actuarial a la AFP SKANDIA, pues al margen de que la normatividad vigente para la fecha de la relación de trabajo no obligara a las empresas dedicadas a las actividades petroleras a realizar cotizaciones a pensiones de sus trabajadores debían responder por las obligaciones pensionales. Ordenó a la AFP SKANDIA, una vez reciba el cálculo actuarial ordenado, reliquidar la prestación de vejez que reconoció al demandante a partir de su reconocimiento, teniendo en cuenta el nuevo saldo de la cuenta de ahorro individual.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la existencia de una relación laboral entre el señor demandante JOSÉ JOAQUÍN HERNÁNDEZ MURCIA y ESSO COLOMBIANA LIMITED hoy en día representada por la aquí demandada PRIMAX COLOMBIA S.A. por el periodo comprendido desde día 14 de agosto del año 1979 y que tuvo su vigencia hasta el día 31 de julio del año 1989 devengando el señor demandante como último salario la suma de \$155.720, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP SKANDIA proceda a elaborar el correspondiente cálculo actuarial correspondiente entonces a las cotizaciones dejadas de efectuar por ESSO COLOMBIANA LIMITED hoy PRIMAX COLOMBIA S.A por el periodo ya indicado del día 14 de agosto del año 1979 hasta el día 31 de julio del año 1989, teniendo en cuenta como último salario devengado para la elaboración de dicho calculo \$155.720 que deberá ser puesto en conocimiento de PRIMAX COLOMBIA S.A por parte de SKANDIA. TERCERO: CONDENAR a PRIMAX COLOMBIA S.A como representante de la empleadora ESSO COLOMBIANA LIMITED pagar a favor del señor demandante JOSÉ JOAQUÍN HERNÁNDEZ MURCIA la suma que por concepto de cálculo actuarial liquide y establezca la AFP SKANDIA, conforme se expuso en el numeral anterior. CUARTO: CONDENAR entonces a la AFP SKANDIA a que una vez reciba dicho capital por concepto del cálculo actuarial que hemos venido haciendo referencia proceda a reliquidar la prestación pensional del señor demandante desde el día 01 de octubre del año 2018, reconociendo las correspondientes diferencias en las mesadas pensionales que se han venido causando entre el valor de la mesada pensional inicialmente reconocida y que proceda ya con la inclusión de este mayor valor por concepto del cálculo actuarial, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia. QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a PRIMAX COLOMBIA S.A. para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (2) dos salarios mínimos legales vigentes para el año 2023. SIN COSTAS respecto a SKANDIA. SEXTO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes*

demandadas, conforme se expuso en la parte motiva.” (archivo 23, Minuto 1:07:28 trámite de primera instancia del expediente digital).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de PRIMAX COLOMBIA S.A. pide que se revoque la sentencia. Afirma que no existe precedente jurisprudencial Constitucional que imponga la totalidad de la carga a la compañía PRIMAX de Colombia S.A., quien además ha obrado con buena fe, por lo que es inviable que tenga que asumir condenas por cálculos actuariales de trabajadores que no estaban vinculados al régimen pensional a la entrada en vigor de la ley 100 de 1993. Aduce que la obligación retroactiva en cabeza del empleador en relación con un vínculo ya extinguido atenta contra el principio de seguridad jurídica. La obligación de afiliación surgió en octubre de 1993 y el pago de cálculo actuarial no se creó para empleadores que no pudieron pagar los aportes por falta de cobertura del ISS. Además, considera que los empleadores no tenían la obligación de constituir reserva por los aportes durante dichos tiempos de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946. (archivo 23, Minuto 1:10:42 trámite de primera instancia del expediente digital)¹.

¹ “ Su señoría muchísimas gracias, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia aquí proferida por su señoría, proferida por el juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá Distrito capital y solicitando desde ya al honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral revoque totalmente la sentencia proferida contra la compañía y en su lugar absuelva a esta de todas y cada una de las pretensiones del demandante que absuelva completamente a mi representada y ello en cuanto mi representada está amparada en las disposiciones vigentes para la época en que tuvo lugar la vigencia de los contratos de trabajo con el demandante por tal motivo ilegítimo resultaría que en la actualidad precisamente la administración de justicia sancione su actuar máximo que no existe precedente jurisprudencial en materia por parte de la Corte Constitucional que imponga la totalidad de la carga a la compañía PRIMAX de Colombia S.A ha sido una empresa que ha obrado con la absoluta buena fe pues además de que ha ejercido su actividad de manera legal ha prestado su mayor colaboración con la administración de justicia por eso es inviable que se le condene a tener que asumir más condenas por el concepto de cálculos actuariales absolutamente por trabajadores que no estaban vinculados para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para la aplicación del cálculo actuarial debe tenerse en cuenta que el Decreto 1887 de 1994 estableció que “Con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones queda a su cargo y pago de pensiones cuyo contrato estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993 o que se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.El fallo de primera instancia desconoce que el demandante no tenía vigente la existencia de la relación laboral a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 esto al primero de abril de aquel año por lo que se encontraba bajo una simple expectativa de hecho que solo se consolidada con el cumplimiento de la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la existencia de un contrato de trabajo entre JOSÉ JOAQUÍN HERNÁNDEZ MURCIA y ESSO COLOMBIANA LIMITED hoy representada por PRIMAX COLOMBIA S.A., entre el 14 de agosto de 1979 y el 31 de julio del año 1989, con último salario devengado de \$155.720 (ver página 32 a 41 archivo 16 tramite de primera instancia del expediente digital).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si procede el pago del cálculo actuarial por el periodo

totalidad de los requisitos legales. Dejar en cabeza del empleador una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica postulado básico de un Estado de Derecho artículo primero y 58 de la Constitución Política. Dicha disposición incluso fue objeto de análisis de inconstitucionalidad por parte de la honorable Corte Constitucional a través de sentencias C- 506 de 2001 en la cual se declara la exequibilidad de dicha exposición gracias al siguiente análisis: "Solo con la Ley 100 de 1993 es que se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encuentra el reconocimiento y pago de la pensión cual es la de aprovisionar hacia futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicio del trabajador con contrato laboral a la fecha en que entro a regir la ley o que se inició con posterioridad a la misma para efectos de su posterior transferencia en caso del traslado del trabajador a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida según el caso artículo 33 de la Ley 100 del año 93, la Ley 100 de 1993 establece una nueva obligación en atención precisamente de la situación preexistente con el propósito de empezar a corregir las deficiencias de un régimen que como se ha dicho no se encontraba exento de inequidades e incongruencias, no debe olvidarse que la propia carta establece que la afiliación de la cobertura de la seguridad social debe ser progresiva así lo establece el artículo 48 de la Constitución Política y que los derechos prestacionales como la seguridad social son de realización progresiva y deben ser satisfechos con recursos económicos e institucionales ilimitados. Ahora bien, sobre la reserva pensional tampoco es posible por la misma razón retrotraer el acto jurídico de afiliación a la seguridad social por el mero hecho de la vinculación laboral por ser indiscutible en tanto no se tenga la condición de afiliado no puede ser sujeto de los derechos que el sistema brinda tal y como explícitamente lo señalaba el artículo 72 de la Ley 90 de 1996 entonces no se equivocaba al afirmar que a la luz de las disposiciones que han regulado la excepción de los trabajadores al Instituto de Seguros Sociales y consecuentemente que los trabajadores les guste el vínculo con independencia del área, lugar o dependencia que a esta prestara sus servicios tal y como a ella al ojo se desprende de los textos en cita está apenas es forzosa para esa clase empleadores a partir del 1 de octubre de 1993 dependiendo de ciertas zonas geográficas por lo cual no es únicamente valida la tesis de que ante la no afiliación de tales trabajadores constituye una omisión legal y que por ello ese tiempo de no afiliación debe comportarse como de servicios para efectos de las pensiones previstas en sus reglamentos pues se repite "Para ser beneficiario de los derechos emanados de la seguridad es menester ser sujeto de ella y tal condición se inicia con la afiliación obviamente debe sujetarse a la normatividad pertinente de manera que no existiendo la obligación de afiliación mal puede invocarse una ficción de afiliación que no ha considerado el legislador". En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación de la compañía muchas gracias señor juez."

laborado por el demandante a favor de ESSO COLOMBIANA LIMITED hoy representada por PRIMAX COLOMBIA S.A.

Para resolver lo que corresponde, el Tribunal seguirá el criterio jurisprudencial expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico, como Juez de Casación Laboral, para unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide.

En la sentencia dictada el 16 de julio de 2014, radicación N° 41745, y en copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad ², ³, esa Corporación recogió expresamente el criterio que había expresado con anterioridad y dispuso responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no había cobertura de los riesgos de Invalidez, Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales.

² Reiterada mediante sentencias SL 2879 de 2020, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, SL 939 de 2019, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, SL 197 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, SL 14388 de 2015, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO.

³ “La jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017), máxime cuando se trata de periodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018) y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019, CSJ SL1342-2019 y CSJ SL1140-2020). Ello es así, porque el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos periodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, es decir, su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador.

[...]

Lo anterior no implica la imposición de una obligación por fuera de la ley. Por el contrario, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente tratándose de periodos inequívocamente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. (Subrayas de la Sala)”

Para ese efecto estimó la Sala Laboral de la Corte –en la primera de las sentencias referidas–, lo siguiente: “(...) *no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas. (...) bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional*”.

Con este referente jurisprudencial, se confirmará la sentencia de primera instancia que dispuso el pago, mediante cálculo actuarial, de los aportes a pensión que correspondían a los servicios que prestó bajo contrato de trabajo JOSÉ JOAQUÍN HERNÁNDEZ MURCIA a ESSO COLOMBIANA LIMITED hoy representada por PRIMAX COLOMBIA S.A.

Para el pago, la AFP SKANDIA a la que se encuentra afiliado el demandante, debe efectuar las operaciones necesarias para definición el valor del cálculo actuarial de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 1887 de 1994, teniendo como salario base lo probado en el proceso y certificados por la empleadora el 4 de diciembre de 2017 (ver página 2 archivo 07 trámite de

primera instancia del expediente digital), salarios mensuales que se relacionan a continuación:

Agosto de 1979 hasta Mayo de 1980	\$10.050
Julio de 1980 hasta Octubre de 1980	\$13.270
Noviembre de 1980 hasta Abril de 1981	\$14.200
Mayo de 1981 hasta Marzo de 1982	\$18.460
Abril de 1982 hasta Enero de 1983	\$24.000
Febrero de 1983 hasta Junio de 1984	\$31.080
Julio de 1984 hasta Mayo de 1985	\$37.920
Junio de 1985 hasta Junio de 1986	\$45.500
Julio de 1986 hasta Abril de 1987	\$56.330
Mayo de 1987 hasta Noviembre de 1987	\$70.600
Diciembre de 1987 hasta Febrero de 1988	\$86.490
Marzo de 1988 hasta Diciembre de 1988	\$104.650
Enero de 1989 hasta Junio de 1989	\$125.580
Julio de 1989	\$155.720

Costas en la apelación a cargo de la demanda PRIMAX COLOMBIA S.A.

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** de segunda instancia a cargo de la demanda PRIMAX COLOMBIA S.A.

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. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ALEX SMITH ARAQUE SOLANO CONTRA LAS
SOCIEDADES R+R SAS Y DELGADO RUIZ HERMANOS LIMITADA.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 el demandante y por la demandada SOCIEDAD R+R S.A.S., contra la sentencia dictada por la Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de noviembre de 2022 en la que DECLARÓ la existencia de un contrato de prestación de servicios que fue modificado tácitamente por las partes, y CONDENÓ a la SOCIEDAD R+R S.A.S. a pagar honorarios con intereses moratorios desde el 21 de marzo de 2018, y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones.

ANTECEDENTES

Mediante apoderada, ALEX SMITH ARAQUE SOLANO presentó demanda contra las sociedades R+R SAS y DELGADO RUIZ HERMANOS LIMITADA, para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia del contrato de servicios profesionales No. 007 de 2016 celebrado entre el demandante y la sociedad R+R SAS, se declare la existencia del contrato relacionado con actividades adicionales¹, y se declare el

¹ “1. Elaboración de la modelación financiera con la actualización del estudio de mercado y el reparto de cargas y beneficios supuestos para los nueve predios, a partir de un primer esquema de formulación del área de estudio y con costos sobre la base de trazados y ocupaciones preliminares, puesto que no se cuenta con datos definitivos de áreas. 2. Entrega

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

incumplimiento en el pago de los honorarios pactados por parte de la sociedad contratante. En consecuencia, pide que se condene al pago de \$28.000.000 más IVA por honorarios del contrato inicial con los intereses moratorios, \$12.000.000 más IVA por actividades adicionales con intereses moratorios, y la sanción penal contenida en la cláusula sexta del citado contrato.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 29 de septiembre de 2016 suscribió el contrato de prestación servicios No. 007 de 2016 con la sociedad R+R S.A.S., en el cual se pactó como honorarios la suma de \$40.000.000 incluido IVA pagaderos en tres cuotas, la primera por valor de \$12.000.000 que corresponde al 30% *a la entrega a satisfacción del diagnóstico*, la segunda por valor de \$16.000.000 que corresponde al 40% *a la entrega de los productos establecidos para la fase de formulación con el recibo a satisfacción*, y la tercera por la suma de \$12.000.000 *correspondiente al 30% del valor total del contrato a la entrega del Acta de Concertación por parte de la Corporación Autónoma*. El plazo pactado fue de nueve (9) meses pero no fue posible su ejecución en dicho lapso por razones externas al demandante, por lo que fue suspendido entre el 20 de abril y el 8 de noviembre de 2017, fecha a partir de la cual el demandante desarrolló tareas adicionales y recibió nuevas instrucciones por parte de la representante legal de R+R S.A.S *para ajustar la información del mercado inmobiliario, avalúos de predios y nuevos escenarios financieros*. Para cumplir con lo anterior la representante legal de R+R S.A.S. envió pasajes aéreos. Aduce cumplido las obligaciones con el envío, el 24 de enero de 2018 de *un documento electrónico en archivo comprimido denominado "Pasto. Zip", el cual contiene el informe de Análisis Económico y Financiero*; el envío en correo electrónico del 20 de marzo remitió del archivo comprimido denominado *"Pasto.zip"* contentivo de *"otros cálculos en todos los escenarios hasta ahora definidos con otros propietarios, escenarios sin propietarios, el estudio de mercado, las estimaciones de precio o avalúo de los predios y los análisis financieros de los escenarios"*, los que

de una hoja de cálculo en donde se articulan e integran los avalúos, las áreas, las viviendas, la distribución de productos inmobiliarios, la estimación del mayor valor del suelo, los costos de adecuación del suelo y 3. El análisis financiero con la estimación del valor actual de los lotes con la aprobación del plan parcial"

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

fueron solicitados por la contratista a principios de enero de 2018; y el envío en correo electrónico de 31 de enero de 2018 del listado de las labores ejecutadas, en el cual se reclamó el pago de \$12.000.000 que *correspondía a \$5.000.000 por los trabajos iniciales adicionales que se le solicitaron a comienzo de año, y \$7.000.000 por las otras actividades adicionales*, frente a lo cual acusó recibo la destinataria. Afirma que atendió los requerimientos de la contratante en lo referente a poner al día los informes y que recibió el 7 de mayo de 2018 una orden de servicios en la que la familia Delgado solicitaba la *“Elaboración de la modelación financiera con la actualización del estudio de mercado y el reparto de cargas y beneficios supuestos para los nueve predios, a partir de un primer esquema de formulación del área de estudio y con costos sobre la base de trazados y ocupación preliminares, puesto que no se cuenta con datos definitivos de áreas. Entrega de una hoja de cálculo en donde se articulan e integran los avalúos, las áreas, las viviendas, la distribución de productos inmobiliarios, la estimación del mayor valor del suelo, los costos de adecuación del suelo y el análisis financiero con la estimación del valor actual de los lotes con la aprobación del plan parcial”* y se tasaban honorarios en la suma de \$12.078.500 incluido IVA, orden que no fue aceptada por el demandante en razón a que la vinculación contractual siempre lo fue con ANA MARÍA ROJAS ERAZO. Asevera que el 9 de mayo de 2019, la contratante le envió un correo electrónico con asunto “documento extra” en el cual se compromete con el pago de la suma de \$10.000.000 en virtud a la liquidación del contrato con la familia Delgado. A pesar de las sumas reconocidas, solo le fueron pagados \$12.000.000 en el mes de diciembre de 2016, lo que configura el incumplimiento del contrato. Informa que remitió las facturas No. 414, 415 y 416 de fecha 21 de noviembre de 2018 a la sociedad R+R S.A.S. a fin de obtener el pago de lo adeudado, y el abogado de la sociedad no las aceptó (ver demanda folios 1 a 30 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

La sociedad R+R S.A.S. se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de prestación de servicios y aseguró que realizó el pago de las obligaciones surgidas del contrato inicial. Frente a actividades adicionales, precisa que se realizaron en el marco de un nuevo contrato con DELGADO RUIZ HERMANOS LTDA, en el cual intervino como simple interesada. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó *cobro de lo no debido, caso fortuito o fuerza mayor y prescripción* (ver contestación folios 7 a 14, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La sociedad DELGADO RUIZ HERMANOS LTDA se opuso también al éxito de las pretensiones. Asegura que no ha tenido ningún vínculo con el demandante, y todas las actividades que desarrolló surgieron por servicios contratados con la sociedad R+R S.A.S. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones y prescripción* (ver contestación folios 2 a 6 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de noviembre de 2022, mediante la cual, el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ que el contrato de prestación de servicios nominado No. 007 de 2016 sufrió una modificación tácita por las partes respecto de las actividades adicionales, y que este fue incumplido por parte de la sociedad contratante. En consecuencia, CONDENÓ a la sociedad R+R S.A.S. a pagar al demandante la suma de \$16.000.000 más IVA por concepto del segundo pago que debía realizarse conforme al contrato primigenio, y la suma de \$12.078.500 correspondiente a trabajos adicionales, más intereses moratorios sobre las anteriores sumas a partir del 21 de marzo de 2018, y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones. Para tomar la decisión estimó acreditada la labor desempeñada por el demandante, incluida la relacionada con la etapa de formulación, por lo cual procedía el segundo pago previsto en el contrato de \$16.000.000 más IVA, conforme la modificación que tuvo el contrato inicial. En lo atinente a las actividades adicionales advirtió que las

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

mismas fueron realizadas conforme a lo solicitado por la sociedad R+R S.A.S., razón por la cual tuvo por modificado de manera tácita el contrato y ordenó su pago en la suma por la \$12.078.500 -valor neto- que encontró aceptado en el correo de fecha 7 de mayo de 2018. Accedió a la condena por intereses moratorios y absolvió del reconocimiento de la cláusula penal.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: **“PRIMERO:** DECLARAR que existió un contrato de prestaciones de servicios nominado 007 de 2016 y de fecha 29 de septiembre de 2016 en el cual fungió como contratante la sociedad R+R S.A.S., en calidad de contratista el demandante señor ALEX SMITH ARAQUE SOLANO, el cual sufrió modificación tácita por las partes respecto de las actividades adicionales que se llevaron a cabo y de las que da cuenta la demanda. **SEGUNDO:** DECLARAR que la contratante Sociedad R+R S.A.S., incumplió parcialmente el contrato de prestación de servicios declarado en el numeral primero que antecede. **TERCERO:** CONDENAR a la Sociedad R+R S.A.S., a pagar al demandante señor ALEX SMITH ARAQUE SOLANO el valor de \$16.000.000, más IVA por valor de \$2.560.000 pesos concernientes al segundo pago que debió realizarse con la entrega de los productos establecidos para la fase de formulación conforme lo pactado, y el valor de \$12.078.500 pesos moneda corriente en razón a los trabajos adicionales que fueron pactados por los contratistas y de los que da cuenta de los que se da cuenta en la en el proceso y en la sentencia. **CUARTO:** CONDENAR a la demandada sociedad R+R S.A.S., a pagar al demandante, señor, ALEX SMITH ARAQUE SOLANO los intereses moratorios de que trata el artículo 884 del Código de Comercio sobre las sumas condenadas en el numeral anterior, esto es, el valor de \$16.000.000 y el valor de \$12.078.500, causados a partir del 21 de marzo de 2018 y hasta que se efectúe el pago efectivo de los mismos. **QUINTO:** ABSOLVER a la demandada R+R SAS de las demás sumas solicitadas por la parte demandante y de las pretensiones que no fueron acogidas expresamente en la sentencia. **SEXTO:** ABSOLVER de todas las pretensiones de la demanda a la Demandada DELGADO RUIZ HERMANOS LIMITADA. **SÉPTIMO:** CONDENAR en costas de la instancia a la demandada sociedad

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

*R+R S.A.S., y en favor del demandante, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el valor de 1½ salario mínimo legal mensual, vigente como valor de las agencias en derecho y condena en costas al demandante y en favor de DELGADO RUIZ HERMANOS LIMITADA en costa Incluyendo como agencias en Derecho, el valor del \$300.000 M/CTE. **OCTAVO:** SE DECLARA no probadas las excepciones propuestas por la sociedad R+R S.A.S., y se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación alegada por DELGADO RUIZ HERMANOS LIMITADA. ” (Audiencia virtual del 25 de noviembre de 2022, archivo 024 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:26:45).*

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso del demandante pide que imparta condena por el tercer pago previsto en el contrato de prestación de servicios, la suma de \$12.000.000 más IVA. Aduce que si bien se encontraba sujeto a la entrega del acta de concertación por parte de la corporación autónoma, él cumplió con el objeto del contrato pues hizo entrega de los productos que le correspondían, a saber: el análisis económico, financiero, estudio de cargas y beneficios, avalúos y demás productos que en nada se podrían ver afectados con las observaciones que eventualmente emitiera la autoridad ambiental pues solo versarían sobre ese aspecto -ambiental-. Precisa que hizo entrega de un modelo que diseñó para que pueda ser utilizado a futuro en un archivo Excel. También solicita que se revoque la condena en costas a su cargo y a favor de la demandada DELGADO RUIZ HERMANOS LTDA como quiera que su vinculación tuvo como sustento lo manifestado por la representante de la sociedad R+R S.A.S. quien atribuyó el pago a la sociedad DELGADO RUIZ HERMANOS LTDA²

² “En este sentido, señor juez, solicitó, pues que se me conceda el recurso de apelación sobre los aspectos ya manifestados, ya indicados y es tu precisamente, atendiendo lo dispuesto en el artículo si se me permitió un momento lo dispuesto en el artículo perdóneme, 1 minuto artículo 6º modificado por el artículo 11 del Decreto número 2181 de 2006 entonces, este es el artículo del Decreto 1478 de 2013 que, en consonancia con la ley 388 de 1988, se refiere a la concertación con la autoridad ambiental y es que precisamente como pues bien, se conoce las formas, como bien se ha conocido dentro del expediente, las formas de pago del objeto contractual por prestación de servicios entre la señor Alex Smith Araque Solano con la sociedad R + R S.A.S., el tercer pago estaba sujeto como bien lo dice el contrato a la entrega

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

del acta de concertación por parte de la corporación Auto y es que si bien este pago está sujeto a esta condición pues hay que revisar con detenimiento el artículo 6º modificado por el artículo 11 del Decreto 2181 2006 que en donde el artículo 11 del Decreto 21812 de 2006 ha adoptado por el modificado por el decreto 14782 2013 señala lo siguiente y lo voy a leer de manera textual, "concertación con la autoridad ambiental y documentos requeridos para ello, expedido el concepto de viabilidad que trata el artículo noveno del presente decreto, la oficina de planeación Municipal o Distrital o la Dependencia que haga sus veces los someterá a consideración de la autoridad ambiental correspondiente, a efecto de que conjuntamente con el municipio distrito adelante en la concertación de los asuntos exclusivos ambientales, si esta se requiere de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, el proyecto de plan parcial se radicará en los documentos con los documentos de que tratan los numerales 1,2,5 y 7 del presente decreto ante la Autoridad Ambiental, de conformidad con los términos que se expidió el concepto de viabilidad la autoridad ambiental solo podrá presentar observaciones de carácter exclusivamente ambiental en relación con el con el ordenamiento territorial, los cuales deben estar técnicamente y con base en la normativa ambiental vigente y no podrá entregarla, no podrá exigir la entrega de información adicional a las radicada con el proyecto de plan parcial en la oficina de planeación Municipal o lo que haga sus veces, salvo que se trate de información que pueda suministrar la oficina de planeación municipal o Distrital en relación con las condiciones ambientales propias de la escala de planificación del plan parcial, las observaciones de la Autoridad ambiental podrán ser objetadas por las autoridades municipales o distritales a través del recurso de reposición de que trata el siguiente parágrafo, en este orden de ideas, señor juez, y para ilustrar pues un poco la segunda instancia digamos que la lectura del texto la traigo a colación es por lo siguiente, si nosotros los si nos detenemos a observar el contrato de prestaciones de prestación de servicios se encontraba sujeto a la entrega del acta por parte de la Autoridad Ambiental, pero como bien ya se ha manifestado de mi parte durante todo el desarrollo del proceso, los productos para los que fue contratado al señor Alexis Smith Araque que exclusivamente se limitaban al análisis económico, financiero, estudio de cargas y beneficios, avalúos y demás productos que pues ya por su despacho han sido claramente reconocido ha sido reconocido su cumplimiento y entrega. Esto significa que, como bien lo señalan literal segundo a este artículo 11. La autoridad ambiental solo podrá presentar observaciones de carácter ambiental, es decir, que en este punto de concertación con la Autoridad ambiental en primer lugar, no le correspondía al señor Alexis Smith Araque hacer ninguna entrega, ni tampoco le correspondía suscribir, ni participar, ni siquiera en el proceso de concertación con la autoridad ambiental, ya que como bien lo señala esta norma, la autoridad ambiental solo podrá presentar observaciones de carácter exclusivamente ambiental, lo que significa que el análisis económico no podría ser objetado en este momento, razón por la cual, pues desde este punto de vista conminar al señor Araque a que tenía que estar sujeto a un trámite ante la autoridad ambiental de que no se de que él no se debía hacer participe, pues sería obligarlo a situaciones o al cumplimiento de obligaciones que ni legal ni constitucional ni funcionalmente estaba obligado a cumplir, porque nadie está obligado hacer más allá de lo que jurídica y legal de lo que jurídica y constitucionalmente este posibilitado para hacer, aunque este así contemplado en un contrato de prestación de servicios, donde vale aclarar que, como bien ya lo ilustrado, el despacho, el contrato para la elaboración del plan parcial no fue suscrito con el señor Alexis Smith Araque sino fue suscrito entre R + R S.A.S. ,y Delgado Ruiz Hermanos, en este orden de ideas, el señor Araque no tenía participación ninguna en este en esta etapa de concertación de la autoridad ambiental ahora bien, pese a lo anterior, pese a lo anterior en el en el en la eventualidad h, bueno, y esto antes de antes de eso quiero concreto, quiero, quiero también manifestar y es que precisamente esa acta de concertación con la Autoridad Ambiental podría tardarse un tiempo específico en el que pues ya en el que ya previamente me he referido en otros en otros momentos de este de este proceso sujeto incluso a correcciones, pues como ya lo señaló la como ya lo mencioné respecto a la del referido artículo 11 en cuestiones meramente ambientales, lo que hubiese significado que mi cliente tendría que haberse esperado supeditado a que le realizaran este último pago hasta cuando se surtiera este trámite de entrega de la del Acta de Conservación por la Autoridad Ambiental cuando repito a él no lo contrataron para elaborar el plan parcial, sino lo contrataron exclusivamente para realizar unos estudios económicos, ahora que si hubo algún yerro en la redacción del contrato que si hubo algún yerro en la estructuración del plazo puede darse por un yerro puntualmente en el que quizás quien redactó el contrato no conocía

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

con detalle el funcionamiento de la ley urbana en Colombia por y tal vez por dicha razón se impuso el cumplimiento de esta condición para sujetar al contratista. Señores aquí al pago de esos 12 millones de pesos más IVA que quedarían pendientes, en este orden de ideas, es que la elaboración de los productos económicos no se podrán sujetar a una concertación ambiental, donde claramente los productos económicos y financieros no tienen que ver nada con los estudios ambientales, que si bien se puede revisar con detenimiento la misma, el mismo marco legal el mismo marco legal que se estructura en virtud del cual se estructura la elaboración y desarrollo de estos planes parciales, pues uno de los documentos o de los elementos que debe incluir el documento técnico de soporte, pues precisamente es estos análisis, estos análisis ambientales y cualquiera que conozca del proceso de esta clase de procesos, tiene claridad en que el análisis financiero, económico, estudio de cargas y beneficios avalúos, pues nada tiene que ver con el los estudios ambientales que son finalmente, sobre los que se realiza el proceso de concertación ante la autoridad ambiental precisamente dentro de los objetivos de la Autoridad Ambiental que es preservar, mantener y dar sostén, sostenibilidad y preservación a los recursos públicos naturales en Colombia en ese orden de ideas, señor juez, reitero mi no conformidad con este con esta con, digamos con no acceder a la condena de este último pago de 12 millones de pesos, por las razones expuestas, y aunado a esto, señor juez, porque en el acta de liquidación al que respecto de la cual usted dio lectura hace un en el momento del fallo hay una situación que hay que tener en cuenta y es que precisamente en este numeral 2.2.8 del acta de liquidación del contrato suscrito entre Delgado Ruiz hermanos y R + RH del fecha el 4 de mayo de 2018, en ese numeral dos punto, 2.2.8 se señala en el párrafo final textualmente, lo Leo para facilitar el desarrollo de múltiples escenarios, el contratista entregó una hoja de cálculo en donde se articulan integran los avalúos, las áreas, las viviendas, la distribución de productos inmobiliario, la estimación de mayor valor del suelo, los costos de adecuación del suelo y el análisis financiero, con la estimación del valor actual de los lotes, con la aprobación del plan parcial se presentó al contratante, se realizaron todos los ajustes solicitados. De este modo, el contratante le fueron entregados todos los productos financieros contratados con los profesionales en mira que con las adicionales no establecido en el contrato, como lo solicitó el contratante. cualquier ajuste de costos y gastos adicionales cambios en algunos valores solo se cambian en la hoja de cálculo y se obtienen los resultados económicos, financieros y el valor del lote a precios actuales. En ese orden de ideas, y como bien lo ratificó mi mandante en su interrogatorio al momento en que rindió interrogatorio de parte el se encargó, él se encargó de diseñar un modelo y de diseñar un sistema para que si en el futuro durante el proceso de adopción, concertación y concertación y adopción ante las diferencias instancias ante las diferentes instancias que establece la ley en cuestión, la ley del 288 y el decreto ya mencionado, más junto con todas las normas adicionales, modificatorias y concordantes correspondientes se pudieran variar esos valores y se ajustarán a las nuevas necesidades con qué fin ,con el fin de lograr que se adoptará el plan parcial esto precisamente señor juez, porque es que y como bien usted lo manifestó y como yo lo reitero en este punto es que las situaciones que dieron lugar a que se liquidará el contrato para la elaboración del plan parcial, en ningún momento se derivaron del incumplimiento de mi cliente y en ningún momento se derivaron de que él dejara de ejecutar, dejara de elaborar sus productos y ejecutar y de entregar, como bien ustedes ya no manifestó en el fallo de primera instancia y es así que visto esto negarle al señor Araque el reconocimiento de este último pago condicionándolo al cumplimiento de una etapa dentro de la que él no era partícipe y condicionándolo al cumplimiento de una obligación para que él no fue él, no fue contratado producto de la liquidación del contrato de la elaboración del plan parcial para el que él no fue contratado y de una liquidación en el que él no se vio involucrado pues sería irrumpir en los derechos que le corresponden como profesional experto en esta clase de contratos el cual pues con eficiencia a desarrollada y en este orden de ideas, pues yo solicito la segunda instancia que sea revaluado este aspecto y que, en virtud del fallo proferido en segunda instancia, se le reconozca a mi cliente el pago de estos 12 millones que corresponden al tercer pago que se le debía realizar, toda vez que, como ya se ha mencionado, él cumplió con todas sus obligaciones contractuales. Él cumplió con el objeto del contrato, como ya se ha dilucidado en los diferentes por parte del despacho primera instancia y como bien se observa en todas las pruebas obrantes en el plenario, hago este que debe reconocer debe ser reconocido con el IVA, con el IVA Ahora bien, señor juez, y a la segunda historia, es de solicito se revoque Lo

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

(Audiencia virtual del 25 de noviembre de 2022, archivo 024 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:33:49).

En el recurso de la sociedad R+R S.A.S. pide que se le absuelva de las condenas impuestas en la primera instancia. Frente al pago de \$16.000.000 más IVA arguye que estaba previsto para la formulación del proyecto, etapa que no se culminó como fue expresado por las partes y los testigos. Precisa que no quedó probado en el proceso que el demandante hubiera cumplido la obligación de elaborar el sistema de reparto de cargas y beneficios, ni la condición contractual de aprobación del producto entregado, menos aún el porcentaje de avance de la etapa de formulación. Afirma que cuando se liquidó el proyecto se encontraba en etapa de formulación. En punto de los trabajos adicionales, dijo que no se probó que se hubiera cumplido con lo solicitado y por ello tampoco hay lugar a su pago. Pide que se revoque la condena en costas como quiera que esa sociedad no es culpable del no pago de los honorarios pretendidos³ (Audiencia virtual del 15 de julio de 2022, archivo 034 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 08:23).

ordenado por el despacho, primera instancia en cuanto a condenar al señor, hará que al pago de las costas por 300.000 pesos a favor de la sociedad Delgado Ruiz Hermano Limitada, pues precisamente porque es que en el presente caso no nos encontramos ante un capricho en el cual el demandante quiso vincular. O quiso demandar a esta sociedad, sino que fue producto de una manifestación expresa y debidamente probada dentro del proceso en el que la señora Ana María Rojas y su abogado representante de la señora Ana María Rojas, R + R S.A.S., atribuyó el pago de los 12 millones de pesos más IVA relacionados con los productos adicionales a la sociedad Delgado o hermano, a la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada más sin embargo, la parte que represento en todo momento actual ha actuado de buena fe y en ese sentido no es merecedora de ser condenada a estas costas. En este sentido, solicitó la segunda instancia que el fallo se modifique en cuanto a reconocer el este pago al que me refiero, al tercer pago de 12 millones de pesos faltantes, el cual se encontraba sujeto a la entrega del acta, el Acta de Concertación con la Autoridad Ambiental y que se absuelva a mi representado del pago de costas hacia cualquiera los demandados, muchas gracias señor juez.”

³ “En primer lugar, manifiesta la defensa que sobre la decisión tomada por el señor juez de no aplicar el tercer cobro R + R S.A.S está de acuerdo ya que, como bien lo señaló el señor juez, no se llegó a la aprobación por parte de la Autoridad ambiental, condición que estaba establecida en el acuerdo entre las partes y, por lo tanto, pues al no cumplirse, al no darse esa condición bajo ningún otro argumento, se habría causado esa deuda y en ese sentido te la defensa está de acuerdo con la decisión del señor juez. Sin embargo, se apela y interpongo en este momento el recurso de apelación sobre las otras decisiones tomadas por el señor juez en la presente audiencia, para lo cual me permito sustentarmelas de la siguiente, manera respecto a la condena de los 16 millones más IVA aquí señalados, vale la pena señalar que ese pago que estaba previsto en el acuerdo, hacía parte a la formulación del proyecto, es decir, estaba previsto como pago por la formulación ahora bien, si bien en el proceso se

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

demostró que el señor Alex Smith Allegó unos documentos allegó unos archivos, incluso un cuadro de Excel que en ningún momento se probó, se demostró que esos documentos fueran propiamente la formulación, es decir, una cosa es allegar unos documentos y otra muy distinta a llegar un documento o un producto cumplido o que cumpla con lo que tenía que el elaborar cómo se sabe cuándo se sabe que un documento o un producto cumple, pues cuando hay alguien que lo aprueba y ese alguien que lo aprueba aquí pueden ser o bien el mismo contratante, es decir R + R S.A.S., representada por la señora Ana María Rojas, que era la directora del proyecto o puede ser la autoridad de Planeación la autoridad encargada, pues de aprobar todo el proyecto urbanístico, cosa que obviamente por la razón, razón en que quedaron señaladas en el proceso, pues no se dio pero no hubo ni lo uno ni lo otro. Es decir, que al llegar unos documentos y unos archivos no prueba que ese era el producto contratado, en ningún momento quedó probado en el proceso que él cumplió con sus obligaciones de elaborar el sistema de reparto de cargas y beneficios si se observa el acuerdo, también señalado entre las partes que reposa en el expediente, eso estaba sujeto también a una condición y a la condición de que fuera tuviera fuera aprobado el producto, decir que tuviera un visto bueno, que cumpliera para nadie es desconocido que lo sabemos todos los que hemos sido consultores que estos productos siempre están sujetos a una aprobación porque el profesional, por muy experto que sea puede estar errado en sus en su propuesta y puede, entonces, por lo tanto, tener que incluso muchas veces rehacer todo el proyecto, el proyecto supongamos que él hubiera elaborado una parte, ni siquiera aquí se demostró cuál fue ese porcentaje de esa parte que hubiera uno podido decir que se avanzó en esa etapa de formulación. Sin embargo, sí quedó probado en el proceso que esa formulación del proyecto como tal nos no, no se dio que simplemente se inició los testigos tan punto de la parte demandante, como de la parte demandada manifestaron que se dio unos inicios, o sea, estaba iniciando la formulación cuando el contrato tuvo que ser liquidado, entonces bajo ninguna forma el señor Alex podía haber elaborado su propuesta, sí por qué tendría que el haber elaborado su propuesta solo digamos cuando apenas se encontraba en la etapa del diagnóstico, porque él tendría que haber ido más allá y haber hecho ya todo su proyecto, su producto, cuando él mismo estaba sujeto a que los demás hicieran lo suyo, él no podía haber elaborado el sistema de reparto de cargas y beneficios porque, como yo lo mencioné en los alegatos de conclusión para que él hubiera podido elaborar su propuesta, tenía que conocer la propuesta urbanística. Esa propuesta urbanística consistía en qué uso se iban a dar en el plan parcial, cuál era la edificabilidad del plan parcial, cómo entraban los predios, digamos, a formar parte en la propuesta, ya como tal, y eso nunca se hizo porque no se llegó a esa etapa entonces era imposible que él hubiera formulado y elaborado por su propia cuenta su producto, que ahora el digamos, pretende que se le pague por último, quiero manifestar, en cuanto a los 12 al pago de los 12 millones adicionales que sea condenado a que sea condenado, aquí también R + R quiero argumentar que si bien es cierto que en el proceso no quedó probado que la que el acuerdo se hubiera realizado con la familia Delgado tan también es cierto que no quedó probado que él hubiera cumplido con esos adicionales, digamos los testigos ni los documentos por él. Alegados al proceso prueban que lo hubiera cumplido con esa adicional, entonces, al no haber probado que él cumplió que él elaboró ese adicional, no hay lugar al pago, no puede haber lugar al a un pago de sus dos millones adicionales porque estaba sujeto igualmente a que el producto inicialmente pactado a una aprobación cosa que aquí no se dio, en cuanto a las costas solícitos, he igualmente al superior jerárquico, pues que no se condene en las costas R + R bajo el entendido que no es, digamos la parte culpable del pago del no pago de los honorarios que alega el señor Alex Smith solicitó entonces a al superior jerárquico, revocar la decisión de y el revocar la sentencia en el sentido de anular el pago de los 16 millones de pesos más IVA y los 12 millones como producto adicional señalados aquí por el señor juez de Primera Instancia. Muchas gracias, señor juez.”

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

No fueron objeto de controversia, por estar contenidos en la sentencia y no haber sido apelados, los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que la sociedad R+R S.A.S. suscribió el contrato de prestación de servicios No. 007 de 2016 con ALEX SMITH ARAQUE SOLANO como experto en temas económicos urbanos, especialmente en reparto de cargas y beneficios, para *“FORMULAR EL PLAN PARCIAL LOMA DEL CENTENARIO DE LA CIUDAD DE PASTO”* (ver páginas 2 y 3 archivo 05 trámite de primera instancia); (ii) que el 4 de mayo de 2018 se suscribió el *ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA FORMULACIÓN PLAN PARCIAL LOMA DEL CENTENARIO PASTO, SUSCRITO ENTRE DELGADO RUIZ HERMANOS LTDA Y R+R S.A.S.*; (iii) que al demandante le fue reconocida y pagada la suma de \$12.484.080 como primer pago parcial del contrato de prestación de servicios No. 007 de 2016.

En consonancia con los recursos de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si hay lugar al reconocimiento de los honorarios reclamados en la demanda y determinar si procede la condena en costas impuesta en primera instancia.

Para resolver lo que corresponde se debe señalar que el acuerdo o convención para la prestación de servicios de carácter civil es un contrato de naturaleza bilateral y onerosa cuya remuneración se define *por lo acordado entre las partes antes o después del contrato* y a falta de acuerdo por lo que disponga la Ley⁴.

De dicho contrato surgen las obligaciones pactadas, que pueden ser puras y simples o condicionales. Estas últimas nacen a la vida jurídica si y solo si ocurre el *“acontecimiento futuro, que puede suceder o no”*, al cual está sometida su existencia. Un claro ejemplo de este tipo de obligaciones son las obligaciones sometidas al *resultado* de una conducta o de una acción, en las

⁴ Código Civil, Artículo 2144. *EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN DEL MANDATO. Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.*

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

cuales y por oposición a las obligaciones de medios, el contratista solo tendrá derecho a la remuneración pactada cuando demuestra que el resultado previsto ocurrió.

Con este referente normativo y una vez revisado el expediente, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia en cuanto condenó al segundo pago parcial -por \$16.000.000 más IVA-, pues la obligación de pago estaba condicionada a un resultado que no se demostró ocurrido, y confirmará la condena al pago de los trabajos adicionales, pues no fue objeto de controversia que los mismos se desarrollaron, y a diferencia de lo anterior, tal obligación no estaba sometida a una condición suspensiva.

Para llegar a la primera conclusión, basta con leer la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios No. 007 de 2016⁵ en la cual se condicionó la obligación de efectuar los pagos reclamados a la *“entrega de los productos establecidos para la fase de formulación”* y a *“la entrega del Acta de Concertación por parte de la Corporación Autónoma”*. Se trataba entonces de obligaciones de resultados y no de medios, cuya existencia sujetaron las partes el hecho futuro e incierto referido, hecho que no ocurrió, aspecto no discutido en esta instancia y que además se corrobora con el acta de liquidación en la cual se plasmó *“2.2. EL CONTRATANTE no recibió la totalidad de los productos, habida cuenta de que no fue posible para LA CONTRATISTA hacerlo por las razones de fuerza mayor y caso fortuito que*

⁵ VALOR Y FORMA DE PAGO: Para los efectos legales y fiscales pertinentes, el valor único del presente contrato a título de honorarios es la suma de: Cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000) M/CTE más IVA, que EL CONTRATANTE cancelará a EL CONTRATISTA en TRES (3) pagos parciales así: 1) Un primer pago por valor de Doce millones pesos (\$ 12.000.000) correspondiente al 30% del valor total del contrato a la entrega a satisfacción del diagnóstico 2) Un segundo pago por valor e (sic) Dieciséis millones pesos (\$ 16.00.000) M/cte correspondiente al 40% del valor total del contrato a la entrega de los productos establecidos para la fase de formulación con el recibo a satisfacción; 3) Un tercer y último pago por valor de Doce millones de pesos moneda corriente (\$ 12.000.000) correspondiente al 30% del valor total del contrato a la entrega l (sic) Acta de Concertación por parte de la Corporación Autónoma. PARÁGRAFO PRIMERO: forma parte integral del presente contrato el documento denominado cronograma de trabajo. PARÁGRAFO SEGUNDO: Los pagos estarán ajustados conforme ejecución del plan de trabajo acordado. PARÁGRAFO TERCERO: Los pagos tendrán lugar previa demostración del cumplimiento de las obligaciones del sistema de seguridad social en salud, pensiones y las demás que en virtud de la ley correspondan.

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

se enuncian a continuación (...)”, y con los testimonios recibidos según los cuales, por decisión de la alcaldía municipal de Pasto, no continuó el proyecto con la sociedad R+R S.A.S. y no se pudo culminar la etapa de formulación del proyecto PLAN PARCIAL LOMA DEL CENTENARIO.

No se probó un eventual yerro en la redacción del contrato como se alega por demandante, ni tal yerro se pueden presumir, menos aún si se tiene en cuenta el área de sus conocimientos *-experto en temas económicos urbanos-*.

Además, y aun sin se pudiera entender que el segundo y tercer pago de \$16.000.000 y \$12.000.000, respectivamente, no estuvieran sometidos a condición suspensiva, lo cierto es que tampoco se adjuntó el plan de ejecución ni el cronograma de trabajo, que eran parte del contrato de prestación de servicios ⁶, ⁷ para poder definir en tal eventualidad y con claridad las obligaciones que tenía el demandante en cada fase del proyecto y establecer si fueron o no cumplidas. Dicho cronograma de trabajo no se puede entender cumplido por lo previsto en la Ley 388 de 1997⁸ y el Decreto Nacional 2181 de 2006⁹ y el 4300 de 2007¹⁰ que establecen las etapas previas a la aprobación y ejecución de los planes parciales, pues no se tiene certeza de que en los términos de la Ley se hubieran concretado las fases del citado plan parcial.

Además, y para responder a los otros argumentos del recurso, la Sala Laboral de la CSJ exige prueba clara de los hechos que dan lugar al reconocimiento de derechos pecuniarios, no solo en cuanto a su existencia sino también y fundamentalmente en su valor, y no se puede ordenar el pago reclamado

⁶ PARÁGRAFO SEGUNDO: Los pagos estarán ajustados conforme ejecución del plan de trabajo acordado.

⁷ PARÁGRAFO PRIMERO: forma parte integral del presente contrato el documento denominado cronograma de trabajo.

⁸ Que tuvo por objetivo: Armonizar y actualizar las disposiciones contenidas en la Ley 9 de 1989 con las nuevas normas establecidas en la Constitución Política, la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, la Ley Orgánica de Áreas Metropolitanas y la Ley por la que se crea el Sistema Nacional Ambiental.

⁹ por el cual se reglamentan parcialmente las disposiciones relativas a planes parciales contenidas en la Ley 388 de 1997 y se dictan otras disposiciones en materia urbanística.

¹⁰ por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a planes parciales de que tratan los artículos 19 y 27 de la Ley 388 de 1997 y el artículo 80 de la Ley 1151 de 2007, se subrogan los artículos 1º, 5º, 12 y 16 del Decreto 2181 de 2006 y se dictan otras disposiciones.

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

acudiendo a cálculos sobre supuestos que se no probaron de forma específica en el proceso. La carga de aportar la evidencia en esta eventualidad hipotética la tendría quien reclamaba el pago –en este caso el demandante- como ordena el artículo 167 del CGP.

En el caso presente -como se dijo- las obligaciones primigenias estaban condicionadas a la entrega de la formulación del PLAN PARCIAL LOMA DEL CENTENARIO y el Acta de Concertación por parte de la Corporación Autónoma, hecho futuro e incierto del cual pendía su existencia, lo que no ocurrió, al margen de las actividades que hubiera desarrollado el demandante, según la documental aportada¹¹.

No resulta suficiente para tener por cumplida la condición pactada, lo consignado en el acta de liquidación que indicó *“entregados todos los productos económicos y financieros, contratados con el Profesional Alex Smith Araque Solano, con los adicionales no establecidos en el contrato como lo*

¹¹ 2.2.8. (...) Cabe anotar que para la etapa de diagnóstico, en diciembre de 2016 se realizó un estudio de mercado en el cual se establecieron unos valores preliminares de las ofertas de productos inmobiliarios, se estimó un valor preliminar del valor del predio de la empresa contratante, se realizó un ejercicio de reparto de cargas y de beneficios para el predio y un ejercicio financiero que permitiera tener la evaluación económica y financiera preliminar para tomar decisiones. Estos resultados económicos fueron presentados a LA CONTRATANTE como parte de los productos objeto del contrato y se incluyó en el diagnóstico.

En el mes de noviembre de 2017 se realizaron las modelaciones solicitadas por LA CONTRATANTE, una modelación financiera con la actualización del estudio de mercado y el reparto de cargas y beneficios supuestos para los nueve predios, a partir de un primer esquema de formulación del predio y con costos sobre la base de trazados y ocupación preliminares, puesto que no se contaba con datos definitivos de áreas. Las áreas definitivas se obtienen de una complementación y una actualización de todos los temas urbanos incluyendo el cruce que resulta del planteamiento urbanístico y los estudios de detalle de amenazas y riesgos, los cuales solo se tienen para el predio de la familia Delgado. Se aclara que faltaría desarrollar y elaborar los estudios de amenazas y riesgos para los nuevos predios. Para facilitar el desarrollo de múltiples escenarios, EL CONTRATISTA entregó una hoja de cálculo en donde se articulan e integran los avalúas, las áreas, las viviendas, la distribución de productos inmobiliarios, la estimación del mayor valor del suelo, los costos de adecuación del suelo y el análisis financiero con la estimación del valor actual de los lotes con la aprobación del plan parcial. Se presentó al CONTRATANTE y se realizaron todos los ajustes solicitados. De este modo al CONTRATANTE le fueron entregados todos los productos económicos y financieros, contratados con el Profesional Alex Smith Araque Solano, con los adicionales no establecidos en el contrato como lo solicitó EL CONTRATANTE. Cualquier ajuste de costos y gastos adicionales, cambios en algunos valores solo se cambian en la hoja de cálculo y se obtienen los resultados económicos, financieros y el valor del lote a precios actuales.”

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

solicitó EL CONTRATANTE”, pues allí mismo se dijo: *“faltaría desarrollar y elaborar los estudios de amenazas y riesgos para los nuevos predios”*. Tampoco se probó que corresponda al producto final que se debía entregar en la fase de formulación del proyecto el *“modelo en formato Excel”*, por tratarse de un simple modelo que no es el producto final contratado.

TRABAJOS ADICIONALES. En relación con los trabajos adicionales, no sometidos a condición, sea lo primero señalar que no existe controversia en su ejecución a solicitud de la contratante R+R S.A.S., ni que ocurrió una modificación tácita al contrato de prestación de servicios, como quedó definido en la primera instancia.

Aunado a ello, de manera uniforme las partes y los testigos declararon que en virtud de los hallazgos respecto de la propiedad de los predios objeto del proyecto se hicieron necesarios unos trabajos adicionales, y que además quedó plasmado en el acta de liquidación así: *“2.2.8. (...) La empresa CONTRATANTE solicitó, además, realizar por fuera de los valores y obligaciones del contrato inicial una propuesta de estrategia de socialización para el total de predios que conforman el polígono de área fijado en las determinantes urbanísticas entregadas por el municipio, solicitud que LA CONTRATISTA accedió en procura de encontrar salidas para la realización del plan parcial.*

Procedía entonces el pago que se ordenó en la sentencia de primera instancia y será confirmada en este aspecto, advirtiendo: (i) que no fue objeto de controversia el valor definido por el juez en favor del demandante; y para responder a los argumentos de la apelación de la demandada, (ii) que las actividades adicionales se realizaron al margen de lo que hubiera ocurrido con el desarrollo del plan parcial, y (ii) que el recibo efectivo de estas tareas adicionales se desprende del acta de finalización pues, se reitera, allí se consignó que *“fueron entregados todos los productos económicos y financieros, contratados con el Profesional Alex Smith Araque Solano, con los adicionales no establecidos en el contrato como lo solicitó EL CONTRATANTE*, aunado a

Exp. 16 2021 00035 01

Alex Smith Araque Solano contra sociedad R+R SAS y la sociedad Delgado Ruiz Hermanos Limitada

que en correo electrónico enviado el 31 de enero de 2018, el demandante relacionó las actividades desarrolladas y al final precisó que en *total serian 12 millones*, de lo cual el 1º de febrero siguiente y como respuesta, ANA MARÍA ROJAS ERASO manifestó haber recibido los cálculos sin objetar las labores desarrolladas o el valor allí plasmado (ver páginas 39 a 50 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

Igualmente se confirmará la condena en costas a cargo del demandante y en favor de DELGADO RUIZ HERMANOS LIMITADA, pues el artículo 365 del CGP impone este pago quien resulta vencido en el proceso, instancia o incidente, es decir, a quien se resulta derrotado en los argumentos que expuso judicialmente frente a su contraparte, como ocurrió en el caso bajo estudio.

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. **REVOCAR**, del numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia, la condena impuesta a la SOCIEDAD R+R S.A.S. por la suma de \$16.000.000, más IVA de \$2.560.000, conforme a lo considerado en la parte motiva.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz 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 MARLENE DÍAZ MUÑOZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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, COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 15 de mayo de 2023 por el Juez Diecisiete (17) 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, GLORIA MARLENE DÍAZ MUÑOZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS 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

EXP. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

régimen de ahorro individual efectuado a través de COLFONDOS al existir una omisión en la información otorgada. En consecuencia, pide que se declare que para todos los efectos la demandante nunca estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad y que se entienda afiliada al RPM de conformidad con la solicitud presentada el 11 de mayo de 2021, además solicita que se condene a las AFP's demandadas a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubieran recibido en la cuenta de ahorro individual de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y los gastos de administración junto con los frutos, rendimientos e intereses causados.(ver demanda folios 1 a 27 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda, las demandadas la contestaron 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 afiliación se realizó con la plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia suscribió el formulario de afiliación con Colfondos y posteriormente con las demás AFP'S. Sostiene que el traslado de régimen en este momento es ilegal e improcedente al estar la demandante inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Señala que resulta inverosímil que la actora, al haber evidenciado irregularidades en el traslado, no presentará dudas o inquietudes, y que 26 años después cuando faltaban menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez decida solicitar el traslado. En su defensa propuso las excepciones que denominó *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica*. (ver contestación folios 3 a 24 del archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR también se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirma que la demandante durante el tiempo de vinculación tuvo la posibilidad de conocer las características y condiciones del RAIS, además de encontrarse consagradas en la Ley 100 de 1993. Indica que no es viable que la

EXP. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

demandante 26 años después de su traslado inicial manifieste su voluntad de retornar el RPM teniendo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto oportunamente y no lo hizo. Asegura que el traslado de la demandante a esta administradora fue completamente válido al estar precedido de asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 633 de 1993. Presentó como excepciones 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 29 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA S.A. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones del RAIS. Señala que la demandante fue asesorada de manera completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y clara sobre las diferencias, beneficios y desventajas entre los regímenes, al momento de suscribir el formulario de afiliación. Asegura que no es viable que la demandante alegue la voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de trasladarse y de retractarse oportunamente y no lo hizo, por el contrario decidió trasladarse en múltiples oportunidades a diferentes administradoras dentro del RAIS. Como excepciones de mérito propuso *prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*. (ver contestación folios 3 a 21 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS también se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirma que brindó a la demandante asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado de régimen pensional, además de las características, funcionamiento, ventajas, desventajas y diferencias entre el RAIS y el RPM. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado del literal e, artículo segundo de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero,*

EXP. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

buena fe y la genérica. (ver contestación folio 3 a 24 archivo 08 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 131 a 135 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 4 de mayo de 2022 (archivo 10, 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. Se opuso a las pretensiones por cuanto se presume que la afiliación con Colfondos cumplió con los requisitos establecidos en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Sostiene que la póliza contratada únicamente ampara la invalidez y la sobrevivencia por lo que la obligación que adquirió la compañía fue la de pagar la suma adicional para completar el capital que financia estas pensiones. Propuso como excepciones *el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “Autonomía de la voluntad” sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A., frente a la acción material ejercida por la demandante Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A carece de amparo y/o cobertura pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía Mapfre Colombia Vida y Seguros S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre Colombia Vida y Seguros no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante AFP Skandia por lo mismo no está obligada a restitución alguna, prescripción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de*

EXP. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

excepciones. (Folio 2 a 22 del archivo 12, del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de mayo de 2023, mediante la cual el Juez Diecisiete (17) 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 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 no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación y prescripción, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora GLORIA MARLENE DÍAZ MUÑOZ identificada con la C.C. 51.804.510, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por COLFONDOS S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, al igual o lo mismo que los traslados efectuados o vinculaciones efectuadas por la demandante en su momento a Horizonte S.A., hoy PORVENIR S.A., y luego a SKANDIA S.A. TERCERO: DECLARAR que la demandante señora DIAZ MUÑOZ, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas. CUARTO: ORDENAR a SKANDIA S.A., como actual Administradora de Fondos de Pensiones de la demandante, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, ello con sus frutos, rendimientos e intereses, debiendo devolver también, los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de*

EXP. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, según lo considerado en precedencia. QUINTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., como sucesora de las obligaciones antes a cargo de HORIZONTE S.A. a devolver también los gatos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y valores utilizados en seguros previsionales, que deberán ser devueltos por cada una debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con cada una de esas entidades, según lo indicado en precedencia. SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúen a favor de la demandante, las Sociedades administradoras de Fondos de Pensiones demandadas y convalidarlos en su historia laboral, para los efectos de densidad de semanas cotizadas a que hubiese lugar en ese régimen. SÉPTIMO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra en el llamamiento en garantía. OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 M/Cte. NOVENO: CONDENAR en costas a SKANDIA S.A., a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en razón a la falta de prosperidad del llamamiento en garantía. Practíquese por Secretaría la liquidación. Incluyendo agencias en derecho a su cargo y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., por valor de \$500.000 M/cte. DÉCIMO: Se ORDENA la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES.” (Audiencia virtual, récord 1:24:56, archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR indica que la demandante tomó por cuenta propia la decisión de trasladarse habiendo recibido información clara y suficiente, la cual motivo su vinculación como afiliada y como asesora comercial. Señala que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración en cuento estos no están destinados a financiar la pensión de vejez, ni las primas de

EXP. 17 2021 00262 01

Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

seguros previsionales en tanto estas fueron trasladadas a las aseguradoras que cubrieron las contingencias de invalidez y muerte. Sostiene que con la devolución de los rendimientos Colpensiones puede cubrir el reconociendo pensional o cualquier indexación¹ (Audiencia virtual, récord 1:29:03, archivo No. 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias, señor juez, respetuosamente Porvenir, apela la sentencia proferida por su despacho y solicitando al honorable Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, revocar esta decisión frente a las condenas que fueron impuestas en contra de mi representada atendiendo las siguientes consideraciones, debo mencionar que es cierto que existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado, imputables precisamente a las faltas del deber de información no obstante, también es cierto que la misma Corte Suprema ha sido suficientemente clara, expresa y reiterativa en mencionar que esa línea jurisprudencial solo se aplica de manera diferenciada según los supuestos fácticos de los que se exige una similitud, una similitud que en el caso concreto en manera alguna se presenta como quiera que la demandante se trasladó y realizó posteriormente afiliaciones horizontales dentro del RAIS y lo hizo de forma válida, precisamente con sustento en las cargas normativas impuestas a los fondos para el año específicamente tratándose de horizonte para el año 1997. En ese orden debo insistir en que los términos por los que hoy se pretende reprochar, por lo menos a mi representada, solo fueron impuestos posteriormente y en ese orden, las declaraciones y condenas en su contra solo desconocen el principio de retroactividad de la Ley de seguridad jurídica. En igual sentido, debo mencionar que no existen razones de hecho y derecho que impliquen la ineficacia, haciendo que la decisión de la actora se tomó por su propia cuenta una vez sí recibió suficiente información clara y suficiente que precisamente motivaron no solo su vinculación como asesora comercial dentro de los fondos codemandados, sino que también motivaron su decisión de traslado y posterior afiliaciones y en ese orden, suscribió un formulario en los términos de ley, como tampoco se probó que hubiera objetado, cualquier tipo de dudas, reclamos, objeciones ante los fondos durante su permanencia en el sistema. Teniendo en cuenta que el despacho ordenó retornar la totalidad de los rendimientos financieros causados en el RAIS, yo solicito respetuosamente al honorable tribunal autorizar el descuento de las restituciones mutuas a las que precisamente hay lugar producto de la ineficacia, porque independientemente del motivo que da lugar a esa figura jurídica de reconocer al fondo precisamente los gastos de administración que en su momento hizo a favor de la afiliada para generarle esos mismos rendimientos financieros hoy objeto de la condena y es que debe observarse que el fondo administra unos recursos ostensiblemente aumentados y tiene derecho a una compensación económica, so pena de que eso conlleve solo en a un enriquecimiento sin justa causa a favor de un régimen de prima media, un régimen que se termina beneficiando de una administración que no hizo por los periodos que hoy se pretenden anular. En este punto es importantísimo traer a colación lo dispuesto por el artículo 1746 del Código Civil, según el cual, en las restituciones mutuas, igualmente, cada parte se hace responsable de los deterioros y es que en este tipo de casos, los afiliados deben asumir que los gastos de administración no son dineros que sin estar llamados a financiar la pensión de vejez, si se destinaron por ley a la correcta administración de sus aportes, generándole, a diferencia de lo que sucede en el régimen de prima media pues unos rendimientos financieros que hasta la presente fecha fueron reconocidos de manera inexcusable. Ahora bien, lo relativo a la orden de devolución de sumas previsionales debo decir señores magistrados que los dineros destinados a los seguros de invalidez y sobrevivencia, pues fueron trasladados a las respectivas aseguradoras con las que se cubrió a la demandante durante toda su afiliación frente a las contingencias de invalidez y muerte ósea que en los términos de ley igualmente cumplieron la finalidad sin que resulte admisible, hoy por hoy, su devolución, teniendo en cuenta que no puede desconocerse que existe una imposibilidad material que son dineros que ya no están en poder de mi representada y que precisamente con la declaratoria de la ineficacia y prestaciones que por su misma naturaleza no pueden retrotraerse y son una excepción a los efectos retroactivos de la ineficacia en cuestión. Finalmente, señores magistrados debo advertir que resulta improcedente la condena de indexación sobre gastos de administración y sumas previsionales, como quiera que eventualmente o de mantenerse en firme la condena relativa al reintegro de rendimientos financieros causados en el RAIS, la totalidad de sus rendimientos financieros son de por si sumas superiores a esa eventual orden y permiten a Colpensiones cubrir el reconocimiento pensional precisamente como un bien mejorado producto de la profesional gestión que hiciera mi representada en su momento

EXP. 17 2021 00262 01

Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

En el recurso de SKANDIA, afirma que el a quo dio credibilidad al interrogatorio rendido por la demandante sin tener en cuenta que está le ocultó información al despacho respecto de su desempeño laboral como asesora comercial de los fondos privados. Asegura que los gastos de administración no están destinados a financiar la pensión de vejez en ninguno de los dos regímenes y que la administradora, con su buena gestión, generó unos rendimientos que superan el valor de las cotizaciones. Indica que tampoco hay lugar a la indexación pues con los rendimientos se contrarresta la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, ni a la devolución de las primas de seguros previsionales al ser Mapfre quien tendría que devolver este rubro² (Audiencia

mismo bien que precisamente cubre cualquier indexación o valor adicional por los que se pretenda someter a Porvenir. Finalmente lo que atañe a las costas y agencias en derecho he decir que desestimada la ineficacia al traslado deberá desestimarse la condena en costas, de conformidad con lo previsto por el artículo 365, el Estatuto procesal solicitando de forma muy respetuosa al Tribunal observar y valorar cómo Porvenir concurre a este trámite en estricto apego a la normativa procesal y en ejercicio de su derecho de defensa, siendo que atendiendo lo dispuesto por el artículo 112, mi cliente además se encontraba impedida para rechazar la voluntad de afiliación plenamente manifestada por la actora para el año el traslado esto es para el año 1997 en esos términos dejo sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias, señores magistrados, gracias, señor juez.”

² *“Muchas gracias, señor Juez siendo esta la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de ser dictada, solicitándole de manera muy respetuosa a los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, se sirva revocar de forma íntegra la sentencia que acaba de ser proferida y en su lugar, se absuelva a Skandia S.A. a de todas y cada una de las pretensiones y las condenas que fueron dispuestas en la sentencia conforme a los siguientes argumentos: Como primera medida, señores magistrados en lo relativo a la validez del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante y el conocimiento que esta tenía de los regímenes pensionales tanto de prima media como de ahorro individual, es indispensable tener en cuenta que el despacho dio credibilidad a la actora en lo que manifestó en su interrogatorio de parte en que no fue pese a su condición de trabajadora en su momento de Colfondos como de Horizonte trabajadora en el cargo de asesora comercial encargada en los temas específicos de la asesoría y afiliaciones pues al régimen de ahorro individual para el fondo o la AFP en la que laboraban y que ella no conocía ninguna información, primero tal situación, por supuesto que no es creíble desde ningún punto de vista y más allá de ello, olvida el despacho que de forma reiterativa la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha recordado que es un principio general del derecho, un principio general del derecho probatorio que nadie puede fabricarse su propia prueba para ello se puede consultar la sentencia del 15 de julio del 2008 radicado 31637, la sentencia del 14 de agosto del 2012 con radicado 39192, la sentencia SL-5109 del 2020, la sentencia SL - 676 del 2021, entre otras, las cuales básicamente establecen “Así para la sala no tienen virtud probatoria, pues emanan del propio demandante y por principio general nadie puede fabricarse su propia prueba. En ese sentido, honorables magistrados tengas en cuenta que el despacho manifiesta que si en principio podría ser un indicio que la actora al desarrollar estos cargos durante un periodo considerable podría tener conocimiento de los regímenes pues se quedó únicamente con lo que manifestaba después la actora de que no recibió ninguna información o capacitación al respecto dándole validez a una prueba creada por la propia parte pese a que esta situación no era posible y que por supuesto, debe ser analizada también con la conducta desplegada por la parte actora, quien también el despacho de forma reiterativa lo manifiesta en sus consideraciones, que de mala fe ocultó esta información sobre su desempeño laboral y que solo salió a flote una vez estaban practicando las pruebas esto por supuesto, era con la única intención de ocultar esta situación al despacho. Ahora, más allá del tema de la validez de la afiliación en el caso que el honorable tribunal lo confirme, es importante que se revoque lo relativo al traslado de los gastos de administración, lo pagado por las sumas del seguro*

EXP. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

virtual, récord 1:33:36, archivo No. 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso COLFONDOS asegura que la demandante ocultó información indispensable en los hechos de la demanda, y manifiesta que es posible que la demandante haya ocultado más información en el interrogatorio de parte. Sostiene que los gastos de administración y el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales son factores que no financian la pensión de vejez y que al ser conceptos de tracto sucesivo se encuentran prescritos³ (Audiencia

provisional de la garantía de pensión mínima, entre otras, en la medida que estos rubros, específicamente lo relativo a los gastos de administración, existen en ambos regímenes y en ninguno de los dos está destinado a la conformar o financiación más bien de las mesadas pensionales y que en el caso del RAIS, estos gastos de administración son la contraprestación de la administración activa que hacen los fondos en mi caso la AFP Skandia de estos recursos, basta remitirse a la historia laboral, al estado de cuenta de la actora para verificar que lo que existe en su cuenta personal no se limita a las cotizaciones que ella haya realizado, sino que los rendimientos superan de forma evidente estos recursos y, al ordenarse el traslado de los gastos de administración, se estaría ignorando esta situación, implicándose o generándose un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones. Ahora es importante también que se revoque lo relativo a la indexación en la medida que mediante la sentencia se ordena antes de la indexación el traslado de todo lo relativo a rendimientos, frutos, intereses, es importante recordar que la indexación tiene como finalidad contrarrestar la pérdida del valor de la moneda en el tiempo, situación que no se genera, pues se reitera de trasladarse los recursos no se están limitando a trasladar lo que la actora hubiese pagado por cotizaciones, sino todo incluido, los rendimientos, los frutos y que contrarrestan estas sumas y excluyen una pérdida del dinero en el tiempo. Adicionalmente, es importante también que se revoque lo relativo a lo pagado o las sumas destinadas al seguro previsional, en la medida que por un lado este seguro está ordenado por Ministerio de la ley, fue contratado por Skandia en cumplimiento de la normatividad vigente, la actora estuvo válidamente cubierta de los riesgos previsionales, quiere decir esto que si hubiera ocurrido, si se hubiera materializado alguna de estas contingencias durante estos años ella hubiera estado efectivamente cubierta, quiere decir que no se puede ignorar esta situación y en caso de confirmarse, se debería revocar lo relativo al absolucón que se hace de Mapfre, pues se reitera Skandia pago a esta aseguradora lo relativo a estas primas no es Skandia quien tiene estos dineros y si se va a continuar con la ficción jurídica de hacer como si no hubiese existido el acto, pues es indudable que el tercero que tiene los dineros quien recibió los dineros, sea quien deba devolver o trasladar estos recursos bajo estos argumentos solicitó de manera muy respetuosa a los honorables magistrados revocar de forma íntegra la sentencia que acaba de ser proferida mil gracias."

³ "Muchas gracias, señor Juez siendo esta la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de ser dictada, solicitándole de manera muy respetuosa a los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, se sirva revocar de forma íntegra la sentencia que acaba de ser proferida y en su lugar, se absuelva a Skandia S.A. a de todas y cada una de las pretensiones y las condenas que fueron dispuestas en la sentencia conforme a los siguientes argumentos: Como primera medida, señores magistrados en lo relativo a la validez del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante y el conocimiento que esta tenía de los regímenes pensionales tanto de prima media como de ahorro individual, es indispensable tener en cuenta que el despacho dio credibilidad a la actora en lo que manifestó en su interrogatorio de parte en que no fue pese a su condición de trabajadora en su momento de Colfondos como de Horizonte trabajadora en el cargo de asesora comercial encargada en los temas específicos de la asesoría y afiliaciones pues al régimen de ahorro individual para el fondo o la AFP en la que laboraban y que ella no conocía ninguna información, primero tal situación, por supuesto que no es creíble desde ningún punto de vista y más allá de ello, olvida el despacho que de forma reiterativa la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha recordado que es un principio general del derecho, un principio general del derecho probatorio que nadie puede fabricarse su propia prueba para ello se puede consultar la sentencia del 15

EXP. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

virtual, récord 1:41:40, archivo No. 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES se opone a la condena en costas, con fundamento es que es un tercero de buena fe que no participó en la celebración del negocio jurídico, es simplemente la actual administradora del RPM⁴ (Audiencia virtual, récord 1:47:31, archivo No. 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

de julio del 2008 radicado 31637, la sentencia del 14 de agosto del 2012 con radicado 39192, la sentencia SL-5109 del 2020, la sentencia SL - 676 del 2021, entre otras, las cuales básicamente establecen “Así para la sala no tienen virtud probatoria, pues emanan del propio demandante y por principio general nadie puede fabricarse su propia prueba. En ese sentido, honorables magistrados tengas en cuenta que el despacho manifiesta que si en principio podría tener conocimiento de los regímenes pues se quedó únicamente con lo que manifestaba después la actora de que no recibió ninguna información o capacitación al respecto dándole validez a una prueba creada por la propia parte pese a que esta situación no era posible y que por supuesto, debe ser analizada también con la conducta desplegada por la parte actora, quien también el despacho de forma reiterativa lo manifiesta en sus consideraciones, que de mala fe ocultó esta información sobre su desempeño laboral y que solo salió a flote una vez estaban practicando las pruebas esto por supuesto, era con la única intención de ocultar esta situación al despacho. Ahora, más allá del tema de la validez de la afiliación en el caso que el honorable tribunal lo confirme, es importante que se revoque lo relativo al traslado de los gastos de administración, lo pagado por las sumas del seguro provisional de la garantía de pensión mínima, entre otras, en la medida que estos rubros, específicamente lo relativo a los gastos de administración, existen en ambos regímenes y en ninguno de los dos está destinado a la conforman o financiación más bien de las mesadas pensionales y que en el caso del RAIS, estos gastos de administración son la contraprestación de la administración activa que hacen los fondos en mi caso la AFP Skandia de estos recursos, basta remitirse a la historia laboral, al estado de cuenta de la actora para verificar que lo que existe en su cuenta personal no se limita a las cotizaciones que ella haya realizado, sino que los rendimientos superan de forma evidente estos recursos y, al ordenarse el traslado de los gastos de administración, se estaría ignorando esta situación, implicándose o generándose un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones. Ahora es importante también que se revoque lo relativo a la indexación en la medida que mediante la sentencia se ordena antes de la indexación el traslado de todo lo relativo a rendimientos, frutos, intereses, es importante recordar que la indexación tiene como finalidad contrarrestar la pérdida del valor de la moneda en el tiempo, situación que no se genera, pues se reitera de trasladarse los recursos no se están limitando a trasladar lo que la actora hubiese pagado por cotizaciones, sino todo incluido, los rendimientos, los frutos y que contrarrestan estas sumas y excluyen una pérdida del dinero en el tiempo. Adicionalmente, es importante también que se revoque lo relativo a lo pagado o las sumas destinadas al seguro provisional, en la medida que por un lado este seguro está ordenado por Ministerio de la ley, fue contratado por Skandia en cumplimiento de la normatividad vigente, la actora estuvo válidamente cubierta de los riesgos previsionales, quiere decir esto que si hubiera ocurrido, si se hubiera materializado alguna de estas contingencias durante estos años ella hubiera estado efectivamente cubierta, quiere decir que no se puede ignorar esta situación y en caso de confirmarse, se debería revocar lo relativo al absolucón que se hace de Mapfre, pues se reitera Skandia pago a esta aseguradora lo relativo a estas primas no es Skandida quien tiene estos dineros y si se va a continuar con la ficción jurídica de hacer como si no hubiese existido el acto, pues es indudable que el tercero que tiene los dineros quien recibió los dineros, sea quien deba devolver o trasladar estos recursos bajo estos argumentos solicitó de manera muy respetuosa a los honorables magistrados revocar de forma íntegra la sentencia que acaba de ser proferida mil gracias.”

⁴ “Su Señoría gracias en esta etapa procesal presentó mi recurso de apelación frente a la sentencia dictada por su despacho, su señoría frente a la condena en costas, señores magistrados, es de indicar que dicha condena en costas es improcedente, de acuerdo a la

EXP. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz 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 no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en*

naturaleza del proceso máxime que Colpensiones es co- demandado en este proceso por ser la actual administradora del régimen de primera media y en el caso eventual que se decrete la ineficacia pues esta sería la administradora que procedería a administrar los aportes a pensión de la parte demandante. Esta decisión señores magistrados quiero indicar que bajo la posición que menciona el a quo es de señalar que esta posición se basa en dos puntos: Primer punto bajo la ley, toda vez que Colpensiones está amparado a la Ley y la misma Ley 100 de 1993 nos indica que cuando faltaren 10 años para cumplir la edad un afiliado no puede trasladarse de régimen pensional como es en el presente caso, toda vez que la parte demandante ya se encuentra en la prohibición planteada y el segundo punto de oposición que hace Colpensiones en su escrito de contestación de la demanda es bajo la prueba documental que reposa en el expediente en cuento el formulario de afiliación, al momento que contestó la demanda es plenamente válido, toda vez que nos ha tachado de falso y se presume pues que efectivamente se realizó un traslado. En los anteriores términos Colpensiones hace una oposición, pero entonces es de señalar que esta oposición la hace bajo la misma norma legal y es de indicar que de la misma forma Colpensiones es un tercero de buena fe en este proceso y no participa en el negocio jurídico de afiliación y simplemente es codemandado por ser la actual administradora del RPM por lo cual solicito que se revoque la condena en costas de primera instancia y no se condene en costas en segunda instancia, gracias.”

EXP. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

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 la demandante tenía 28⁵ años de edad y había cotizado 259.71⁶ 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 4 años, 11 meses, 3 días⁷), 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 archivo 01 y folio 21 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

⁵ Nació el 27 de marzo de 1966.

⁶ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folio 51 a 24 del archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁷ *Idimen*.

EXP. 17 2021 00262 01

Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁸, ⁹. 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, 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*

⁸ 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”.

⁹ 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. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

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 el sujeto ni si en 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 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"*

EXP. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

y efectos negativos de esa decisión”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, el traslado a Colfondos obedeció únicamente al vínculo contractual que tenía con este fondo al desempeñar el cargo de asesora comercial y que al momento de empezar a laborar le indicaron que debía firmar el formulario de afiliación y la única información que le fue suministrada en las capacitaciones con la cual promocionaba sus ventas, consistía en decir que ISS iba a desaparecer y que para no perder los aportes era necesario trasladarse a un fondo privado el cual ofrecía una mejor pensión (Audiencia virtual del 15 de mayo de 2023, archivo 24 del expediente digital, récord 20:34).

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 la AFP SKANDIA la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, intereses, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados que se encuentren a cargo de esta y de COLFONDOS Y PORVENIR.(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*

EXP. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

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 1993¹⁰, 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 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 la AFP SKANDIA, AFP COLFONDOS y 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

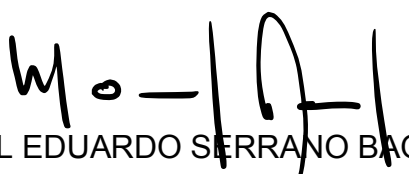
¹⁰ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% 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. 17 2021 00262 01
Gloria Marlene Díaz Muñoz vs Colpensiones y otros.

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 la AFP SKANDIA, AFP COLFONDOS y la AFP PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

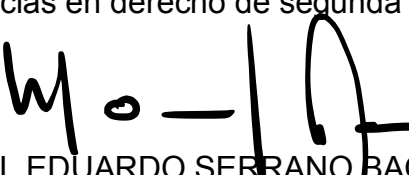
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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. 17 2021 00537 01
Alba Inés Lozano Pérez 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 ALBA INÉS LOZANO PÉREZ CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS
S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 7 de febrero de 2023 por el Juez Diecisiete (17) 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, ALBA INÉS LOZANO PÉREZ presentó demanda contra COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, 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 nulidad o ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a la falta del deber de información, inadecuada asesoría e inducción en error del asesor comercial de HORIZONTE hoy PORVENIR. En consecuencia, pide que se condene a

EXP. 17 2021 00537 01
Alba Inés Lozano Pérez vs Colpensiones y otros.

COLFONDOS a entregar los bonos pensionales correspondientes, liquidar el valor de los aportes existentes en su cuenta de ahorro individual con el respectivo *cálculo actuarial*, rendimientos financieros, intereses, comisiones, gastos de administración y servicios financieros a COLPENSIONES, y a esta última, a recibir los valores trasladados desde el RAIS y a tenerla como su afiliada sin solución de continuidad en el régimen de prima media (ver demanda folios 1 a 11, archivo 02 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 afirmando 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 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, 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. Indica que en los hechos de la demanda lo que se está haciendo es *alegar la propia culpa en su beneficio* pues contó con múltiples oportunidades para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada. 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 3 a 38, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 17 2021 00537 01
Alba Inés Lozano Pérez vs Colpensiones y otros.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que dentro del expediente obran elementos de prueba suficientes que conllevan a determinar que el traslado realizado por la demandante al RAIS fue libre y voluntario y que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el tránsito del RPM al RAIS. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, y la innominada o genérica* (ver contestación folio 2 a 13 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia)

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda, en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante. Aduce que la afiliación a esa AFP se presentó en virtud del derecho a escoger libremente el régimen y fondo de pensiones que administra los aportes y que a la demandante se le brindó asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado de régimen, las características del RAIS y el funcionamiento del mismo, las diferencias con el régimen de prima media, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen sus aportes, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, razón por la que no se puede concluir que la vinculación al régimen de ahorro individual es ineficaz. El acto cumplió con todos los presupuestos de ley y el formulario de afiliación contiene la firma de la demandante, documento en el que se dejó constancia que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado. Como excepciones de fondo propuso: *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 (sic) al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.* (ver contestación folios 2 a 17 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 17 2021 00537 01
Alba Inés Lozano Pérez vs Colpensiones y otros.

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de febrero de 2023, mediante la cual el Juez Diecisiete (17) 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 COLPATRIA) 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 no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, propuestas por las demandadas, así como tampoco prospera la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por Colfondos S.A., lo anterior según lo analizado. SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora ALBA INÉS LOZANO PÉREZ identificada con la C.C. 51.697.463 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, a través de la AFP Colpatria, hoy PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. TERCERO: DECLARAR que la señora LOZANO PÉREZ, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar su vinculación nuevamente sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas. CUARTO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses debiendo devolver además gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, todos los que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado en precedencia. QUINTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. como sucesora de las*

EXP. 17 2021 00537 01
Alba Inés Lozano Pérez vs Colpensiones y otros.

obligaciones antes a cargo de la AFP HORIZONTE S.A. devolver gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y valores utilizados en seguros previsionales, los que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con HORIZONTE S.A. SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúen a favor de la demandante las AFP's codemandadas y convalidarlos en la historia laboral de la demandante facultando a COLPENSIONES para adelantar las actuaciones administrativas necesarias para lograr la devolución de todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro de la demandante incluyendo gastos y comisiones de administración. SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas, se dispone que una vez en firme esta sentencia, por Secretaría, se practique la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1.000.000 M/Cte. OCTAVO: Se dispone la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES" (Audiencia virtual, récord 41:55, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, afirma que el precedente vertido por la Corte Suprema de Justicia no puede aplicarse de manera homogénea a todos los procesos en los que se persigue la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, pues para ello debe existir similitud de condiciones fácticas que en este caso no se aplican si se tiene en cuenta que la demandante se trasladó de manera voluntaria, sin presiones e informada conforme la normatividad vigente para el año 1997. Advierte que la afiliada como consumidora financiera podía validar en cualquier momento la información otorgada y que esa administradora ha actuado de buena fe. Señala que, de ordenarse la restitución de los rendimientos, estos deberán corresponder a los que generan las reservas del ISS hoy Colpensiones y no los que se causaron en el RAIS, y que no procede la devolución de la

EXP. 17 2021 00537 01

Alba Inés Lozano Pérez vs Colpensiones y otros.

comisión de administración y las primas de seguras provisionales¹ (Audiencia virtual, récord 45:40, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Muchas gracias su señoría esta representación agradece nuevamente el uso de la palabra de la manera más respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia solicitando al honorable Tribunal Superior de la Sala Laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de afiliación de la demandante al RAIS así como las condenas interpuestas en contra de la AFP Porvenir conforme las siguientes consideraciones: En primer lugar debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial claro por parte de la honorable Corte Suprema de Justicia es importante tener en cuenta que esté presente no se debe aplicar de una manera homogénea todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información debe existir una similitud de condiciones fácticas que para esta representación no se aplican en el caso concreto pues la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones, informada y todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado que en este caso la demandante lo realizó en el año 1997 así mismo la cual debe aclararse no exige una información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia ahora bien con independencia de la información otorgado al momento del traslado las condiciones, características, ventajas, desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993 por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada de mi representada del mismo modo como una consumidora financiera la demandante debía actuar con mediana diligencia lo cual suponía por lo menos obtener información suficiente sobre el acto jurídico que está adoptando con mayor razón si los datos relevantes que permitían preservar las consecuencias de esa acción estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento. Así mismo debe decirse que el actuar de mi representada aquí llamada a juicio siempre ha sido de buena fe objetiva pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen. Ahora bien en relación con los rendimientos debe señalarse que de ser declarada la ineficacia del traslado el efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que generan las reservas del ISS hoy Colpensiones y no los que generaron el régimen de ahorro individual con solidaridad pues no tendría sentido que si bien el traslado del RAIS no surtió ningún efecto legal se obliga a trasladar los rendimientos propios de este régimen en caso contrario por efecto de las restituciones mutuas al trasladar los frutos generados por el régimen del cual se predica nunca existió el afiliado deberá reconocerse en consecuencia los gastos en que incurrió para poder administrar el pago de dichos aportes que se entenderán realizados al régimen de prima media gastos que sintetizan en la comisión de administración, las primas de seguros provisionales para efectos de la cobertura de pensión de los en los casos de invalidez o muerte en el mismo orden de ideas tampoco es procedente que el administradora deba restituir las sumas que pago por concepto de primas de seguros provisionales pues cuánto ya no están en su poder sino en el de las compañías aseguradoras que contrató para la cobertura de los pagos de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requerían en línea con todo lo anterior debe indicarse que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la superintendencia financiera de Colombia entidad encargada vigilar entre otras a las sociedades administradoras de fondos de pensiones en cuanto dentro de sus facultades son la de emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la normada específicamente en las previstas para ello que es el artículo séptimo del Decreto 3995 del año 2008 disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesaria efectuar un traslado por recursos o cualquier tema relacionado con los fondos de pensiones. Por último, corresponde a las agencias en derecho debe aclararse que desestimada la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores que fue condenada mi representada por consiguiente deberá desestimarse las condenas en costas por todo lo anterior su señoría le solicito muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior revocar la sentencia de instancia respecto a las condenas interpuestas en contra de mi representada AFP Porvenir. Muchas gracias”.

EXP. 17 2021 00537 01
Alba Inés Lozano Pérez vs Colpensiones y otros.

COLPENSIONES en recurso, pide se revoque la condena en costas pues estas resultan improcedentes si se tiene en cuenta la naturaleza del proceso y que se trata de un tercero de buena fe que no participó en el negocio jurídico² (Audiencia virtual, récord 50:06, 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 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*

² “Su señoría en la etapa procesal presente presento recurso de apelación contra la sentencia dictada por su honorable despacho precisamente su señoría contra la condena en costas. Señores Magistrados del honorable tribunal Superior de Bogotá debido a que dichas costas es improcedente de acuerdo a la naturaleza del proceso cuando mi representada es codemandada en el presente proceso por ser un tercero buena fe y no participo en el negocio jurídico de afiliación. De igual forma frente a la manifestación del a quo se debe señalar que esta posición se debe basar bajo dos puntos: Primero bajo la prueba documental que se tacha de falsa y por lo tanto no es cierta y al momento de contestar la demanda se contesta de acuerdo a la prueba documental y pues dadas las resultas se descubre o se declara la ineficacia del traslado y según el punto mediante la Ley, es difícil que él no señale limitante para que la parte demandante se traslade de régimen entonces de acuerdo a dicha limitante Colpensiones no puede aceptar dicho traslado si no es por medio de una decisión judicial que declare la ineficacia del traslado por lo tanto solicito que se revoque la condena en costas de primera instancia y no se condene en costas de segunda instancia. Gracias”

EXP. 17 2021 00537 01
Alba Inés Lozano Pérez vs Colpensiones y otros.

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 33³ años de edad y, según se acreditó, había cotizado 142,71⁴ 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 7 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver folios 16 y 17 archivo 02 y folio 2 archivo 01 del expediente digital).

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

³ Nació el 4 de julio de 1963, folio 16 y 17 archivo 02.

⁴ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, carpeta 16.

⁵ *Ibidem*. Es de aclarar que la demandante asegura que efectuó cotizaciones a CAJANAL las cuales no figuran acreditadas en el expediente.

EXP. 17 2021 00537 01
Alba Inés Lozano Pérez vs Colpensiones y otros.

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 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 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, riegos y consecuencias»*.

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. 17 2021 00537 01
Alba Inés Lozano Pérez vs Colpensiones y otros.

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 de la demandante, pues PORVENIR (antes COLPATRIA) 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

EXP. 17 2021 00537 01
Alba Inés Lozano Pérez vs Colpensiones y otros.

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, indicó que cree que el formulario con COLPATRIA se debió llenar en una reunión colectiva donde laboraba, pero en realidad no recordaba la información que se le suministró en ese momento. Solo tenía presente su vinculación con HORIZONTE y con COLFONDOS (Audiencia virtual del 1 de diciembre de 2022, récord 12:52).

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 COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, así como la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, a cargo de aquella y de PORVENIR, debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de

EXP. 17 2021 00537 01
Alba Inés Lozano Pérez vs Colpensiones y otros.

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 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 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. 17 2021 00537 01
Alba Inés Lozano Pérez 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 PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

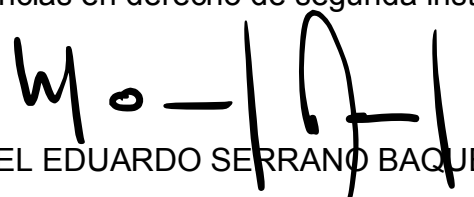
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


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

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ÍNGRID PAOLA BARBOSA TOLEDO CONTRA
SOCIEDAD ALUCRISTAL HERNÁNDEZ LEIVA LTDA**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 la demandada, contra la sentencia dictada el 25 de mayo de 2023 por el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que se le CONDENÓ al pago de indemnización por despido sin justa causa.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, INGRID PAOLA BARBOSA TOLEDO presentó demanda contra la SOCIEDAD ALUCRISTAL HERNÁNDEZ LEIVA LTDA, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que el contrato de trabajo finalizó por despido sin justa causa, y se condene al pago de la indemnización correspondiente, la sanción moratoria, indexación, perjuicios, salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas y vacaciones, por el tiempo que dejó de laborar. Como fundamento de las pretensiones afirma que suscribió un contrato de trabajo a término fijo de un año el 15 de marzo de 2017 para desempeñar el cargo auxiliar contable con asignación salarial de \$800.000 mensuales y horario de lunes a viernes de 8:00 am a 5:30 pm y sábados de 8:00 am a 1:00 pm. Asegura que el contrato se renovó automáticamente hasta el 14 de marzo de 2019, y que por motivos de salud no asistió a laborar los días 19 y 20 de junio de 2018 y radicó la incapacidad el 21 de junio siguiente en las instalaciones de la empresa. Relata que fue citada a diligencia de descargos por inasistencia injustificada; el 22 de junio de esa misma anualidad se realizó la diligencia, y al final de la jornada le fue

notificado el despido. Reclamó a la demandada el pago de sus acreencias laborales que fue negado en comunicación del 12 de agosto de 2021. Asegura que también le fue negado el acceso al reglamento interno de trabajo y la certificación de pago de los aportes y parafiscales (ver demanda archivo 01 y su subsanación archivo No. 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la sociedad ALUCRISTAL HERNÁNDEZ LEIVA LTDA a través de apoderada judicial. Aceptó la existencia del contrato de trabajo y se opuso a las pretensiones con fundamento en que si bien la inasistencia a laborar el día 19 de junio de 2018 fue justificada por la demandante como una calamidad doméstica, al requerir su justificación, en horas de la tarde, asistió al centro médico en busca de una incapacidad con el propósito de engañar al empleador, lo que se verificó y dio lugar al despido. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó *prescripción y cobro de lo no debido* (ver contestación páginas 3 a 11 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de mayo de 2023 mediante la cual el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá condenó al pago de \$8.040.541 como indemnización por despido sin justa causa. Para tomar la decisión no encontró acreditado en el proceso la falta que se indilgó a la demandante, tampoco que al interior de la empresa exista un reglamento interno del trabajo o que fuera puesto en conocimiento de la demandante (archivo No. 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: **PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora **ÍNGRID PAOLA BARBOSA TOLEDO**, como trabajadora y la demandada sociedad como empleadora, existió un contrato de trabajo a término fijo, entre el 15 de marzo de 2018 al 22 de junio de 2018, siendo el último cargo desarrollado el de “Auxiliar Contable”, con un salario mensual de \$800.000, acorde a las motivaciones que anteceden. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ALUCRISTAL HERNÁNDEZ LEIVA LTDA**, a pagar a la demandante **ÍNGRID PAOLA BARBOSA TOLEDO**, la suma de dinero, por concepto de

*indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá ser indexada al momento del pago de valor de \$8.040.541. **TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de prescripción, y cobro de lo no debido, propuestas por la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **CUARTO CONDENAR** en costas a la parte vencida, sobre la parte demandada fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a favor de la parte actora.” (Audiencia virtual, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 34:57).*

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de la demandada pide que se revoque la condena impuesta. Aduce que se probó la justa causa que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo descrita y plasmada en la carta de despido. Dijo que se realizó el proceso disciplinario previo al despido en el cual se constató un engaño pues si bien el trabajador puede faltar por una calamidad doméstica, debe demostrar que ocurrió y no conseguir una incapacidad médica tratando de engañar al empleador. Aseguró que la demandante no demostró la calamidad personal que en principio manifestó como causa de la inasistencia¹

¹ “Realizare la argumentación respecto del recurso de apelación al presente fallo. En el presente proceso se demostró por parte de la sociedad demandada la justa causa y se comunicó a la parte demandante la justa causa de despido, justa causa que está en el artículo artículo 62 numeral 6 tiene que ver con la violación a los artículos 58 y 60 en la carta de despido se le menciona la carta de despido fue muy clara y muy descriptiva demasiado descriptiva y redundante en explicarle a la señora Ingrid Paola cuales fueron sus causas cuales fueron sus acciones por medio de las cuales se determinó realizar el despido por justa causa y es que la señora demandante no demostró justificación de faltar al trabajo por calamidad que ella manifestaba, si bien es cierto que el empleado puede faltar por calamidad eso es cierto tal cual como su señoría lo menciona y menciona toda la norma también e cierto que el trabajador debe demostrarlo debe demostrara que a faltado por calamidad domestica o personal como ella lo manifestaba sin embrago al preguntarle y solicitarle si ella puede demostrar lo que se le solicito según mi poderdante se le solicito durante todo el transcurso del 19 de junio ella no pudo demostrarlo y acudió a la consecución de una incapacidad laboral por enfermedad cuando ella misma manifestaba que no estaba enferma pero que de todas maneras ahí estaba la incapacidad o sea era como utilizando una herramienta para justificar una inasistencia de hechos de inasistencia que no concordaban y que pretendía inicialmente engañar al empleador manifestando que estaba en incapacidad como no la pudo probar fue y consiguió una incapacidad obviamente ante su EPS pero de manera tardía al ver que no podía demostrar su calamidad realizo la consecución para demostrar o justificar su inasistencia pero los hechos por los cuales ella no asistía a laborar no era enfermedad y así lo acepto en el acta de descargos respecto de la documentación aportada y el debido proceso se realizó la citación a descargos, se le realizaron los descargos, se le presento su comunicación de despido debidamente argumentada y el cual está el artículo 62 numeral 6 se le está manifestando que hubo violación al artículo 60 numeral cuarto está completamente probado, demostrado, argumentado y explicado cuál fue la justa causa por la cual la señora Ingrid Paola se despide ningún documento aportado en el expediente fue tachado de falso, ningún documento fue tachado, la mayoría documentación fue aportada por la misma demandante que ella tenía en su poder por que a ella siempre se le aporó y se le entrego la documentación legalmente como lo hace la empresa. Ahora bien la carta que está firmada por el señor Eduardo

(Audiencia virtual, archivo 035 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 47:19).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia, por estar contenidos en la sentencia y no haber sido apelados, los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 15 de marzo de 2017 y el 22 de junio de 2018; (ii) que el vínculo finalizó por decisión unilateral de la demandada.

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si ocurrió o no un despido sin justa causa que dé lugar al pago de la indemnización ordenada en primera instancia.

Para resolver la controversia el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo define, en forma taxativa, los *hechos o conductas* de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización. Dispone además la norma, que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación, los *hechos o conductas* concretos que son motivo de su decisión, sin que se puedan alegar con posterioridad causas distintas. Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa del trabajador a quien se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan expuesto en la carta de despido podrá ejercer tales derechos en el proceso

Hernández está firmada por que en la firma por que el era el representante legal por poder general de acuerdo a la escritura de poder general anexada al expediente antes de la audiencia anterior aportada en el expediente ahora igualmente está demostrado que el argumento de la señora Ingrid Paola de faltar por calamidad no fue acreditado, así las cosas, tampoco señor juez no se refirió respecto a la tacha del interrogatorio de la señora Ingrid Paola sin embargo yo solicite a su juzgado se compulsaran copias por la falsedad de las acusaciones que realiza ante mi persona respecto de que se le había coaccionado para que realizara las manifestaciones en el acta de descargos y ella manifestó no tener ninguna prueba, sin embargo mis argumentos de apelación es este si el fallo manifiesta y dice que no se acreditó la justa causa argumentada en el artículo 62 si esta argumentada en la carta de despido está completamente argumentada que la señora Ingrid Paola no acreditó no justificó y hubo engaño al empleador entonces por lo anterior me permito solicitar se desestimen las pretensiones de la parte demandante de absuelva a mi poderdante respecto de la demanda y se condene en costas a la parte demandante de esta manera dejo presentados mis argumentos de apelación.”

judicial. La calificación de las conductas aducidas, para definir si se enmarcan o no en una de las causas señaladas en la Ley, le corresponde al juez.

Con este referente normativo, se advierte de la carta de despido aportada al expediente, que el empleador endilgó a la demandante, como justa causa para terminar el contrato de trabajo, haber incurrido en las prohibiciones establecidas en el artículo 60 numeral 4 del CST, esto es, haber faltado sin justa causa a su trabajo² el 19 de junio de 2018 de forma injustificada.

Esta conducta se enmarca en el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del CST, que autoriza la terminación del contrato de trabajo cuando el trabajador incumple en forma grave las obligaciones que exponen los artículos 58 y 60 del CST, o las obligaciones o deberes que se comprometió en forma específica a cumplir respecto de un empleador determinado, autorizando la definición en el contrato de trabajo o en reglamento interno de prohibiciones u obligaciones especiales del trabajador cuya inejecución o incumplimiento se consideran graves para las partes del contrato.

Una vez revisado el expediente frente a los argumentos que expone el recurso, el Tribunal confirmará la sentencia apelada que ordenó el pago de indemnización por despido sin justa causa en favor de ÍNGRID PAOLA BARBOSA TOLEDO, pues aunque no existe controversia respecto a la ocurrencia del hecho atribuido a la trabajadora en la misiva como causa de despido -faltar al trabajo- ello no se enmarca en una falta grave a las obligaciones o prohibiciones de la trabajadora, que fue la causa alegada.

²“(…) toda vez que usted ha incurrido en las prohibiciones establecidas en el Artículo 60 numeral 4 del Código Sustantivo de Trabajo norma que dice PROHIBICIONES A LOS TRABAJADORES “.... Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del {empleador}, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo.” , siendo que usted ha faltado a laborar durante toda la jornada laboral injustificadamente el día 19 de Junio de 2018, que durante la jornada laboral del 19 de junio de 2018 a la cual usted falto a trabajar usted manifestó tener una calamidad personal la cual no justifico ni quiso mencionar de que se trataba, calamidad que no tenía que ver con la enfermedad que la incapacitara, y que nunca presento excusa que justificara su inasistencia laboral durante la jornada laboral del 19 de junio de 2018, que su incapacidad fue expedida en horas de la noche cuando la jornada laboral ya había terminado. Finalmente nunca se estableció la coherencia con los hechos que usted mencionaba le habían acontecido durante la jornada laboral del 19 de junio de 2018 durante la cual usted manifestó que se encontraba en una calamidad de la cual nunca aportó justificación y luego presenta una incapacidad expedida en horas de la noche es decir finalizada la jornada laboral, contradiciéndose en todo lo manifestado por usted durante el día mencionado, queriendo acreditar que se encontraba enferma durante la jornada laboral cuando realmente los hechos por usted mencionados no se relacionan con la enfermedad

Al respecto se debe señalar que, si bien la demandante no asistió a laborar el día 19 de junio de 2018, la historia clínica de fecha 19 de junio de 2018 prueba que estuvo en el servicio de urgencias en esa fecha con ingreso a las 13:12:29 y que el motivo de consulta fue “*dolor de cabeza hace tres días*” (ver páginas 19 a 22 archivo 01 trámite de primera instancia), por lo cual le fue dada incapacidad médica para el 19 y 20 de junio de 2018 (ver página 23 archivo 01 trámite de primera instancia), documental que no fue desconocida en el trámite del proceso.

De lo anterior, se advierte de manera clara, que contrario a lo argumentado por la demandada, estaba plenamente justificada la inasistencia al trabajo de INGRID PAOLA BARBOSA TOLEDO el 19 de junio de 2018.

Ahora, en relación con la incoherencia en el relato de la demandante sobre los hechos ocurridos el día de la inasistencia, si bien en el acta de descargos INGRID PAOLA aceptó haber manifestado que llegaría tarde por una calamidad diferente a la enfermedad, y que dijo “*es personal*” (ver páginas 24 y 25 archivo 04 trámite de primera instancia), al absolver el interrogatorio de parte precisó que la situación obedeció a que para esa fecha estaba enferma con un fuerte dolor de cabeza, hecho que se probó como se dijo atrás

No comparte esta Sala los argumentos planteados por la demandada, tendientes a demostrar un presunto engaño hacia el empleador, pues la historia clínica aportada al expediente acredita que la trabajadora, en horas hábiles de su jornada laboral, se reitera, asistió al servicio de urgencias y le fue expedida incapacidad médica.

COSTAS en segunda instancia a cargo de la demandada.

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 de primera instancia, por las razones señaladas en la presente decisión.
2. **COSTAS** en segunda 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. 19 2019 00315 01
Luis Fernando Romero Rubio 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 FERNANDO ROMERO RUBIO CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, Y LAS
SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 28 de abril de 2023 por la Juez Diecinueve 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 FERNANDO ROMERO RUBIO presentó demanda contra COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y las SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *anulación* de la afiliación del demandante a los fondos obligatorios de pensiones PORVENIR,

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

OLD MUTUAL y COLFONDOS a partir del 1 de junio de 2002 con fundamento en que no hubo un consentimiento informado sobre las consecuencias y efectos desfavorables del traslado del RPM al RAIS, además por darse la afiliación con anterioridad a la expedición de la Ley 797 de 2003. Pide se condene a los fondos administradores de pensiones y cesantías del RAIS que transfieran a COLPENSIONES el capital y los rendimientos financieros acumulados por el demandante desde el 1° de junio de 2002 hasta la sentencia y a esta última a recibir los aportes, validar la historia laboral y a reconocer la pensión de vejez una vez se acrediten los requisitos. (ver demanda folios 9 a 34 archivo 01, reforma de demanda folios 540 a 566 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, afirma que la afiliación del actor es válida al realizar cotizaciones de manera libre, espontánea y voluntaria, además por no obrar en el expediente soporte alguno que acredite un vicio del consentimiento. Sostiene que el error de derecho no vicia el consentimiento. En su defensa propuso como excepciones las de *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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*. (ver contestación demanda folios 343 a 351 archivo 01 y a la reforma de la demanda folios 577 a 615 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA se opuso igualmente a las pretensiones, con fundamento en que el demandante al momento de afiliarse a la entidad venía de estar afiliado a ING

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

por lo que contaba con un conocimiento previo sobre el funcionamiento del RAIS y sus componentes. Indica que la afiliación se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de vinculación y conforme a los postulados de buena fe. Sostiene que realizó el traslado de los aportes que poseía a COLFONDOS por la solicitud de traslado elevada por el demandante. Propone como excepciones pago, *prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica*. (Ver contestación folios 393 a 426, ver contestación a la reforma de la demanda folios 711 a 714 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS dijo no constarle ninguno de los hechos y se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas que involucren a esa entidad. Asegura que la afiliación a Colfondos se dio en virtud del derecho a escoger libremente el fondo de pensiones. Sostiene que los comerciales brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de trasladarse incluyendo características, funcionamiento, ventajas, desventajas y diferencias entre el RAIS y el RPM. Señala que el acto cumplió todos los presupuestos de ley por lo que en efecto no existió algún tipo de coacción o vicio del consentimiento. Refiere que en ningún momento se está viendo vulnerado el derecho pensional del demandante al poder obtener la pensión de vejez en el RAIS. Propuso como excepciones de fondo 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 434 a 453 archivo 01 y contestación a la reforma de la demanda folios archivo 01 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. Aduce que la afiliación del demandante fue producto de una decisión informada, libre

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

de presiones o engaños, 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. Refiere que siempre garantizó el derecho de retracto pues publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó sobre la posibilidad de los afiliados de trasladarse entre regímenes conforme las modificaciones que introdujo 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 que le impide trasladarse de régimen. Formuló como excepciones de fondo las de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica*. (ver contestación folios 507 a 533 del archivo 01 y a la reforma de la demanda folios 617 a 646 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La parte demandante presentó escrito de reforma de demanda, en el cual incluyó como demandada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Por auto de fecha 10 de marzo de 2020 fue admitida la reforma y se ordenó corre traslado de la misma a las demandadas (ver página 573 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones afirma que la afiliación del actor es válida como quiera que no obra prueba de la falta de información que alega el demandante. Dice que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse. En su defensa propuso como excepciones las de *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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, prescripción y la genérica* (ver contestación a la reforma de la demanda folios 577 a 615 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso igualmente a las pretensiones, y reitero los argumentos y excepciones propuestas en la contestación de la demanda (ver contestación a la reforma de la demanda folios 617 a 646 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA se opuso igualmente a las pretensiones, y reitero los argumentos y excepciones propuestas en la contestación de la demanda (Ver contestación a la reforma de la demanda folios 711 a 714 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La demandada COLFONDOS., no presentó escrito de contestación, razón por la cual en auto de fecha 26 de noviembre de 2021 se le tuvo por no contestada la reforma (página 705 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia)

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda y a la reforma de la demanda, 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 del 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 el demandante en forma libre y espontánea en el año 1994 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 de su mesada pensional en el RAIS o en el RPM no implica un engaño. Refiere que el actor 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*

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

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 650 a 672 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 28 de abril de 2023, mediante la cual la Juez Diecinueve (19) 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. Negó la solicitud de reconocimiento pensional con sustento en que de la historia laboral expedida por COLFONDOS no se advierte el retiro del sistema.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor LUIS FERNANDO ROMERO RUBIO, identificado con la cedula número 11.427.800 del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. identificada con NIT 800.144.333-3, realizado el 23 de junio de 2002, conforme lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante al régimen de prima media con prestación definida que administra hoy la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES desde el 8 de noviembre de 1980 hasta la*

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

actualidad como si nunca se hubiere trasladado y siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. pensiones y cesantías identificada con el NIT 800.149.493-2 administradora que actualmente administra los aportes del aquí demandante, junto con las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. quienes fueron las AFP intermedias y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. que fue la AFP que realizó el traslado primigenio a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del aquí demandante como son las cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima junto con los rendimientos financieros causados, Inclúyase los rendimientos y las comisiones sin descontar los gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva la providencia, sumas que deben ser debidamente indexadas y a COLPENSIONES le asiste la obligación de recibir dichas sumas y aceptar el traslado. CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deben ser discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique y por lo tanto se requiere a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante una vez le alleguen los respectivos dineros. QUINTO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de la pretensión de la pensión de vejez que fue propuesta por la parte demandante por lo expuesto en la parte motiva. SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la razón expuesta y SÉPTIMO: Las costas están a cargo de la AFP PORVENIR la cual debe ser liquidada por la Secretaría del despacho. OCTAVO: Si no es apelada la presente decisión se remite el expediente al honorable Tribunal Superior de

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

Bogotá Sala Laboral para que allí se surta el grado jurisdiccional de consulta teniendo en cuenta que la decisión es contraria a los intereses de COLPENSIONES y teniendo en cuenta su naturaleza.” (Audiencia virtual, récord 35:09 archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, pide que se revoque el numeral tercero de la sentencia, indica que no comparte la orden de devolución de los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y descuentos al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, pues resulta incompatible esta orden con la de devolver también los rendimientos, pues los recursos de la cuenta individual no se vieron afectados por el paso del tiempo¹

¹ “Gracias señora Juez me permito interponer recurso de apelación parcial en contra del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia con base en los siguientes argumentos: Honorable Tribunal Superior de Bogotá no comparte mi representada los efectos jurídicos que se derivan de la ineficacia declarada por el a quo respecto a la condena de devolver gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y descuentos al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados en primer lugar esta condena resulta improcedente toda vez que es incompatible con los rendimientos financieros que también se ordenan devolver y que se estaría condenando a mi representada dos veces por el mismo rubro, la sentencia SL 9316 de fecha del 29 junio de 2016 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 idea y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual de los afiliados resulta incompatible ordenar la indexación toda vez que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se vieron afectados por la inflación y por el contrario generaron unos rendimientos financieros que inclusive exceden los mínimos establecidos en la ley, rendimientos que cabe la pena resaltar no se hubieran causado en el régimen de prima media con prestación definida. En ese sentido el Tribunal Superior de Cundinamarca y Amazonas Sala Laboral dentro del proceso ordinario 2000220210011131 donde finge como demandante la señora Felisa León Poveda indicó “Sobre el particular se considera que le asiste razón al apelante ya que en este caso cómo lo prefiere se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por las AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante por lo que entiende la sala que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada y se revocara la decisión en este aspecto y frente a este punto la jurisprudencia laboral ha señalado que la administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C esto es con los rendimientos que se hubieran causando” Así mismo la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali en providencia del 31 de octubre del 2022 dentro del proceso ordinario 015202100489 indico “Frente a la indexación la sala considera que no hay lugar dicha imposición toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar. Por tal razón se revocara dicha

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

(Audiencia virtual, récord 38:37 archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de SKANDIA, indica que no comparte la devolución de los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y descuentos al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, como quiera la ley 100 de 1993 prevé el descuento de los gastos de administración, seguro, reaseguros del FOGAFÍN y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima. Precisa que la consecuencia jurídica de la ineficacia de la afiliación es que todo regrese a su estado anterior, pero que se debe ponderar la buena fe con la que ha actuado esa AFP. Dijo que cumplió con el deber legal de asegurar los riesgos de invalidez y muerte del afiliado en el tiempo que estuvo vinculado. Retornar los gastos de administración afecta patrimonialmente a esa demandada. Pide que no se ordene la devolución de las sumas indexadas, pues con los rendimientos se compensa la pérdida del valor adquisitivo² (Audiencia virtual, récord 42:13 archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

determinación y en su lugar se ordena devolver todas las sumas junto con los rendimientos” con el mismo fin se puede consultar la sentencia proferida por la sala primera de decisión laboral del Tribunal Superior de Medellín el 26 de enero de 2023 dentro del proceso ordinario 012202000165 en esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación parcial no sin antes solicitarle al honorable Tribunal Superior de Bogotá que revoque parcialmente el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia para en su lugar ordenar que la devolución de los recursos sin la indexación muchas gracias.”

² *“Gracias Doctora estando en la etapa procesal correspondiente presento recurso de apelación parcial el contra de la sentencia proferida el día de hoy para que el honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá revoque la condena impuesta a mi representada tendiente a la devolver los conceptos de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales debidamente indexados, sustento el recurso de apelación indicando que al crearse la Ley 100 de 1993 entro otro régimen pensional que fue el régimen de ahorro individual con solidaridad y por ende una serie de obligaciones no solo del fondo privado sino también del fondo público que tal contenido es el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 el cual establece en su parágrafo final que se podrá descontar un 3% para cubrir los gastos de comisiones de administración, seguro, reaseguros del FOGAFÍN y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, nótese claramente que estos descuentos no solo son dables en el régimen de ahorro individual sino que también van dirigidos hacia el régimen de prima media con prestación definida ahora bien dicho artículo emana una serie de obligaciones correlativas entre el afiliado y mi representada que fue que durante el tiempo de permanencia durante la afiliación que tuvo el señor demandante con Skandia pensiones y cesantías este realizo una serie de movimientos para generarle unos dineros adicionales representados en unos rendimientos o intereses financieros los cuales gozo el señor demandante durante el tiempo de afiliación con mi representada. Nótese claramente honorable magistrado que si bien es cierto la consecuencia jurídica de la ineficacia de la afiliación es que se debe declarar la*

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque la sentencia, pues se cumplió con lo previsto legalmente para la fecha de la suscripción del formulario traslado. Considera que se afecta el derecho del debido proceso de COLPENSIONES quien a pesar de no haber participado en el traslado, debe asumir la carga prestacional. Dice que se afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Advierte que el demandante se encuentra la restricción temporal para trasladarse de régimen por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional. Pide que se mantenga la condena a las AFP de la devolución de las sumas por ellas recibidas, en caso de confirmar la sentencia³ (Audiencia virtual, récord 45:38 archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

ineficacia y las cosas deben estar o quedar en su estado anterior lo cierto es que se debe ponderar la buena fe con la que ha venido actuando mi representada teniendo en cuenta que durante toda la etapa precontractual y contractual administrando de manera diligente los aportes de la parte demandante de la misma suerte podría hablarse con respecto de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes que de por sí no son administrados por Skandia pensiones y cesantías sino que se contrata un contrato de aseguramiento mediante una aseguradora para tener al señor demandante amparado por ciertos riesgos uno es el de sobrevivencia y el otro es el de invalidez, si bien es cierto no sufrió ningún siniestro no se puede desconocer que el artículo 20 mi representada cumplió con el deber legal de tenerlo cubierto durante la vigencia de la afiliación, no obstante lo anterior mi representada Skandia pensiones y cesantías nunca administro esos recursos y nunca han permanecido en las arcas de Skandia motivo por el cual reitero no sería dable retornarlos como quiera que se estaría un perjuicio económico a mi representada y aunado a lo anterior se le estaría causando un desconocimiento a la teoría de las restituciones mutuas en el presente proceso no obstante lo anterior si los honorables magistrados consideran que se debe confirmar la decisión les solicito muy respetuosamente que dicha condena no sea retornada de manera indexada teniendo en cuenta que no ha perdido su valor adquisitivo máxime que en el presente fallo también se ordenó que se devolvieran los rendimientos que se encontraban en la cuenta de ahorro individual del señor demandante motivo por el cual se podría compensar cualquier pérdida y dichos descuentos y aunado a lo anterior se reitera que efectivamente el señor demandante estuvo cubierto para dichos siniestros dejo sustentado mi recurso de apelación, se le solicita a la honorable juez lo conceda y al honorable Tribunal revocar las condenas aquí impuestas, muchas gracias"

³ "Gracias su señoría encontrado me 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 19 Laboral del Circuito de Bogotá el cual sustentare a continuación. Honorables magistrados es de manifestar mi reproche en tanto que se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante pues se fundamentó en la falta al deber de información que debían brindar las AFP al momento de la suscripción del formulario pasando por alto que para la fecha la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993 y solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen la cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación lo que en este asunto se dio a plenitud según se deriva del formulario de afiliación para la información suscrito y firmado por el demandante. Así mismo cabe resaltar que para la fecha de suscripción y firma del formulario no existía la Ley 1748 del 2014 ni el Decreto 2071 del 2015 con el cual nace la

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

obligación de las AFP de una doble asesoría a 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 la afiliación deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario de la materialización del traslado en este asunto la 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 de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consisten únicamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recurso sino que también exige además como lo expresa el artículo 29 de la Carta Política el ajuste a las normas preexistentes del acto que se juzga, el juzgamiento de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación esto con base en que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en torno a que Colpensiones 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 en consecuencia de la celebración de este acto jurídico solo deben repercutir a las partes involucradas por lo que la entidad que represento no puede de ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre el demandante y la AFP. Ahora bien en cuanto lo manifestado en que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP y tras lo señalado por la Corte en las sentencias referidas en primera instancia a este tipo de decisiones encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el asentamiento y conocimiento del afiliado respecto del traslado por lo que las leyes que surgieron entre el año de 1994 y el 2016 no exigían nada diferente al formulario de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, es por esto que al imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes se constituye en una acción de carácter imposible. Finalmente pongo en consideración que en este asunto el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 21 años por lo que la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada esto en cuanto la afectación del equilibrio financiero y la sostenibilidad financiera del sistema consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el acto Legislativo 01 de 2005, igualmente es de recordar el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 en el que se hace una prohibición expresa de 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 tiene su razón de ser al respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador al crear esta prohibición es proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplan con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y así no generarse un desequilibrio pensional. Dicho lo anterior los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo esto además se sustenta con la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional en sentencia C-1024 del 2004 y que además es reiterada en la C 062 de 2010, 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 en el entendido de que esta debe reintegrar a Colpensiones la totalidad de la cotización que recibió por parte del demandante esto es los recursos de la cuenta individual cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración y en general los aportes efectuados por accionante a la AFP con lo anterior dejo sustentado mi recurso reiterando a los magistrados se revoque la decisión proferida el día de hoy por el Juzgado 19 Laboral del recurso de apelación.”

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

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 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

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

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 45⁴ años de edad y había cotizado 297.86⁵ 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 8 meses y 4 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demanda⁷ ya había alcanzado la edad mínima para acceder a la pensión (tenía 62 años de edad, páginas 2 del archivo 09 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

⁴ Nació el 23 de julio de 1956, folio 2 archivo 09.

⁵ Ver historia laboral expedida por Colpensiones, folios 38 a 40 archivo 01 expediente digital, trámite de primera instancia.

⁶ *Ibidem*.

⁷ 26 de abril de 2019, folio 2 archivo 01.

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción⁸,⁹. 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).

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, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la

⁸ 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”.

⁹ 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. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

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 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”*.

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

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, un asesor de PORVENIR quien no le brindó asesoría, solo le dijo que era un fondo muy bueno y se ofreció a diligenciar el formulario, sin dar información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

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, rendimientos, frutos e intereses, así como la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados, a cargo de aquella y de PROTECCIÓN, SKANDIA y COLFONDOS (Sentencias SL 1421 del 10 de

EXP. 19 2019 00315 01

Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

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 apelación a cargo de la AFP PORVENIR y la AFP 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

EXP. 19 2019 00315 01
Luis Fernando Romero Rubio contra Colpensiones y otros.

- 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** de la apelación a cargo de la AFP PORVENIR y la AFP 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

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE OSCAR EMILIO MORA CONTRA LA
NACIÓN MINISTERIO DE TRANSPORTE**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de julio 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 UGPP y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en su favor, la sentencia dictada el 26 de mayo de 2023 por el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ORDENÓ el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 5 de noviembre de 2018, por 14 mesadas al año.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OSCAR EMILIO MORA presentó demanda contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca y pague a su favor la *pensión sanción* prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir de la fecha en que cumplió 60 años de edad, esto es, del 5 de noviembre de 2018, junto con las mesadas causadas y no pagadas y los intereses moratorios.

Como sustento de sus pretensiones afirma que nació el 5 de noviembre de 1958, prestó servicios mediante contrato de trabajo y en calidad de

trabajador oficial al MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE (actual Ministerio de Transporte) en la ciudad de Ocaña Norte de Santander, entre el 2 de agosto de 1979 y el 30 de noviembre de 1993, esto es, por espacio de 14 años, 3 meses y 28 días. Indica que fue desvinculado por decisión unilateral y sin justa causa adoptada por la empresa bajo el argumento de la supresión del cargo por reestructuración. A la fecha de terminación del contrato de trabajo se desempeñaba como Operador de maquinaria pesada II. Informa que el MINISTERIO DE TRANSPORTE le reconoció, mediante la Resolución No. 15911 del 9 de noviembre de 1993, la indemnización conforme a lo señalado en el Decreto 2171 de 1992. Manifiesta que desde el año 2008 solicitó los documentos y certificaciones con el fin de tramitar la pensión sanción que reclama, y que agotó la vía gubernativa e interrumpió con ello la prescripción (folios 37 a 46 del expediente digital).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por LA NACIÓN MINISTERIO DE TRANSPORTE mediante apoderado judicial. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que el demandante no cumple los requisitos para acceder a la prestación reclamada, porque no hubo un despido sin justa causa. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor, que el demandante laboró al servicio del MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE, y la reclamación efectuada ante esa entidad. Los demás los negó o dijo no constarle. En su defensa propuso como excepciones las que denominó *presencia de un mejor derecho, buena fe patronal y la genérica* (folios 53 a 71 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En auto del 13 de enero de 2023 el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, al momento de avocar conocimiento de este proceso en cumplimiento de los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10/12/2020 y CSJBTA20-109 del 31/12/2020, tuvo por asumida la representación judicial del Ministerio de Transporte en cabeza de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA

PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP en atención a lo establecido en el Decreto 2281 de 2019.

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de mayo de 2023, mediante la cual el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que la terminación del contrato de trabajo del demandante ocurrió por despido sin justa causa y CONDENÓ a la demandada al pago de pensión restringida de jubilación en cuantía inicial de \$914.007,42 a partir del 5 de noviembre de 2018, y a los aumentos legales, las mesadas adicionales y la indexación. Para tomar su decisión y con fundamento en lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares, encontró probados los requisitos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 para acceder a la pensión: finalización del contrato de trabajo sin justa causa y labores por más de 10 y menos de 15 años como trabajador oficial del sector público, siendo la edad -60 años- un término de exigibilidad. Aplicó una tasa de reemplazo del 53,73% proporcional al tiempo servido, y tomó como IBL el promedio del último año que sirvió de base para los aportes, debidamente indexado. Dispuso el pago de la mesada 14 teniendo en cuenta la fecha de causación del derecho. Negó los intereses moratorios pues la petición pensional fue elevada antes de tiempo, por lo que la negativa de la entidad resultaba válida, y condenó a la indexación como mecanismo para mantener el poder adquisitivo de la moneda.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que la terminación de la relación laboral que unió al demandante, OSCAR EMILIO MORA, con el extinto MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE existente entre el 2 de agosto de 1979 al 30 de noviembre de 1993, obedeció a una decisión unilateral y sin justa causa por parte del ente empleador, conforme a las razones expuestas, en este sentido, que si bien se ampara en una causal legal por supresión de cargos, conlleva al reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación del demandante, pensión de jubilación en los términos ya señalados. SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, DECLARAR que al demandante OSCAR*

EMILIO MORA con cedula de ciudadanía 13.661.769 le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 5 de noviembre de 2018, en cuantía equivalente para dicha anualidad en la suma de \$914.007,42, por 14 mesadas al año, conforme a las razones expuestas en esta decisión. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la parte demandada dentro de este proceso. CUARTO: DECLARAR que al demandante Oscar Emilio Mora le asiste derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado desde el 5 de noviembre de 2018 y liquidado a corte del 30 de abril de 2023, en la suma de \$62.884.401,57 conforme a lo expuesto en esta decisión. QUINTO: CONDENAR a la demandada NACIÓN-MINISTERIO DE TRANSPORTE PARA EL EFECTO UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP-, a pagar en favor del demandante OSCAR EMILIO MORA con cédula de ciudadanía 13.661.769 el valor correspondiente al retroactivo pensional, liquidado desde el 5 de noviembre de 2018 al corte 30 de abril de 2023 en cuantía de \$62.884.401,57, y, a partir del 1º de mayo de 2023, la demandada deberá seguir reconociendo una mesada pensional de \$1.188.405,38, que se incrementará anualmente de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, acorde a lo expuesto en esta sentencia, suma que deberá ser debidamente indexada atendiendo las reglas expuestas en la parte motiva de esta decisión. Se autoriza a la demandada Ministerio de Transporte – UGPP- para que, de dicho monto, realice los descuentos respectivos, con destino al Sistema de Seguridad Social en salud. SEXTO: CONSULTAR esta sentencia con el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Decisión Laboral en lo desfavorable a la entidad demandada. SÉPTIMO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada señalándose como agencias en derecho a favor del actor la suma equivalente a un (1) SMLMV.” (audiencia virtual, expediente digital, MIN. 43:01).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la demandada UGPP pide que se revoque la decisión. Aduce que el demandante no acreditó los requisitos para acceder a la pensión reclamada, como quiera que la desvinculación no se generó por un despido injusto sino por la supresión legal del cargo que está amparada como causa legal. Indica que tampoco se probó la omisión de afiliación al sistema de seguridad social, y contrario a ello el empleador afilió y realizó cotizaciones a CAJANAL por todo el tiempo laborado. Precisa que para el 1 de abril de 1994 el demandante no cumplía con el requisito de edad y, por ende, no tiene derecho a la pensión sanción. Dijo además, que tampoco tiene derecho a la prestación bajo el Decreto 1848 de 1969¹ (audiencia virtual, expediente digital, MIN. 47:10).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia: (i) que el actor prestó sus servicios al MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE entre el

¹ “Muchas gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer y sustentar recurso de apelación de la siguiente manera discurre este apoderado de la decisión preferida en esta instancia como quiera que el reconocimiento y pago de la pensión sanción no es procedente por cuanto el señor Oscar Emilio Mora no cumplió con los requisitos que la ley exige para el reconocimiento ya dispuestos en el artículo octavo de la ley 171 de 1961 que tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 1994 fecha a partir de la cual comenzó a regir el artículo 33 de la ley 100 de 1993 toda vez que una vez revisado el material obrante que limita en el expediente no se observa que el demandante haya demostrado que la desvinculación se produjo por despido injusto como lo establece la ley 100 del 93 tampoco está probado la omisión de no haberlo afiliado al sistema general de pensiones pues por el contrario lo que sí se demostró es que la entidad del Ministerio de transporte le realizó cotizaciones a las pensiones le realizó cotizaciones a CAJANAL hoy liquidada por los tiempos laborados del 2 de Agosto de 1979 al 30 de noviembre de 1993 desempeñando como último cargo el de operario adicionalmente el demandante al primero de abril de 1994 no había cumplido con las condiciones de 60 años de edad toda vez que solamente acreditaba 35 años, 4 meses y 27 días de edad respecto al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por despido injusto establecía en el artículo 74 del decreto reglamentario 1848 de 1969 tampoco es posible que se acceda estas pretensiones toda vez que de acuerdo a la información suministrada la UGPP no tiene ninguna obligación legal, ni extralegal pendiente de reconocer al Señor Óscar Emilio Mora como quiera que no se demuestra que el despido haya sido sin justa pues se obedeció a una supresión legal que está amparada como una causa legal se reitera además que el demandante no contaba con el requisito de 60 años de edad por el decreto 1848 de 1969 artículo 74 así las cosas se deja sustentado el recurso de apelación y se solicita respetuosamente al honorable tribunal superior de Bogotá en sus salas laboral se revoque la sentencia preferida en primera instancia y en su lugar se nieguen todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo introductorio, Muchas gracias.”

2 de agosto de 1979 y el 30 de noviembre de 1993, esto es por espacio de 14 años, 3 meses y 28 días (folios 7 a 31 y 122 a 137 archivo 01 del expediente digital) como trabajador oficial; (ii) que el demandante fue retirado del servicio por la supresión del cargo, hecho que encuentra prueba -además- en la resolución No. 15911 del 9 de noviembre de 1993 (folios 32 a 34 archivo 01 del expediente digital).

El Tribunal debe definir si el demandante tiene o no derecho a la pensión restringida de jubilación prevista en la Ley 171 de 1961 que fue reconocida en primera instancia.

Para resolver lo que corresponde se debe precisar inicialmente que la prestación reclamada (pensión sanción) se causa como una obligación a cargo del empleador cuando ocurre la *condición suspensiva* que la norma contempla para el efecto, y ésta es la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo o por despido, si para el momento en que ello ocurre se han prestado servicios por más de 10 o más de 15 años. Así lo dispone claramente la Ley 71 de 1961².

La edad en estas pensiones no una *condición suspensiva* de acceso a la prestación sino el *plazo* o término que las normas contemplan para el pago de las mesadas. Por ello, nacido el derecho en la fecha de terminación del contrato de trabajo, no se ve afectado por las reformas legales ni por las enmiendas constitucionales que se hayan introducido al ordenamiento jurídico con posterioridad. Si se aplicasen normas posteriores, se estarían desconociendo *derechos adquiridos* en vigencias de las normas derogadas.

Con estos supuestos normativos y de interpretación el Tribunal encuentra acreditados en el expediente los requisitos legales para causar la prestación en OSCAR EMILIO MORA, pues el contrato de trabajo terminó por

² Por la fecha de causación de la prestación -30 de noviembre de 1993- no resultan aplicables las previsiones de la Ley 100 de 1993, en particular lo relacionado con la pensión sanción, esta normativa empezó a regir el 1 de abril de 1994.

supresión del cargo, causa que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido desde tiempo pretérito y reiteradamente como una forma terminación *unilateral del empleador*, es decir un despido, y dado que su ocurrencia no le es imputable al trabajador no hay una causa justa que se pueda hacer valer en su contra y por ello surge la obligación de reparar todos los daños que se hayan ocasionado, entre ellos, la afección a su expectativa pensional con el pago de la pensión restringida de jubilación o pensión sanción, si ha completado el tiempo de servicios que las normas regulan para acceder a ella³.

Se probó que el contrato del demandante terminó por decisión del empleador MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE por supresión de cargo, el 30 de noviembre de 1993, fecha para la cual tenía 14 años, 3 meses y 28 días de servicios. Con ello causó el derecho cuyo pago reclama en este proceso, el cual deberá pagarse a partir del 5 de noviembre de 2018, fecha en la cual cumplió 60 años de edad.

Para definir el valor de la mesada, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 dispone que el porcentaje de la prestación se define con base en el *“tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del CST”*. Dicho porcentaje se debe aplicar

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de abril de 1997, radicado 9143, Magistrados Ponentes Dr. Francisco Escobar Henríquez, Dr. José Roberto Herrera Vergara: *“En este orden de ideas, es necesario tener en cuenta que, en innumerables ocasiones, la Corte ha interpretado que cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se excluye al que se opera, por decisión unilateral del empleador, con autorización legal distinta a la que establece las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa. O sea, que no siempre la autorización legal para fenecer el contrato de trabajo, constituye justa causa de despido. En punto al tema tratado, la Corte desde el año de 1958, inició el desarrollo jurisprudencial tendiente a diferenciar lo que puede denominarse “despido legal”, del despido con justa causa, considerando que cuando el contrato de trabajo termina por decisión unilateral del empleador, legitimado por la ley, pero sin apoyo en una de las justas causas, es procedente la pensión sanción. Vale decir, que no porque la rescisión esté permitida legalmente, en todos los casos constituye justa causa”*.

sobre el ingreso base que define la misma norma (el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios).

Como el demandante laboró 14 años, 3 meses y 28 días, el monto o porcentaje de liquidación de la pensión es el 53.73% tal como lo determinó la juez de primer grado para liquidar la pensión, y al aplicarlo sobre el IBL del último año indexado \$1.701.111,91 que obtuvo el *a quo* y ase ajusta a las previsiones legales, se obtiene como primera mesada la suma \$914.007,42.

Por otro lado, para definir el derecho a la mesada 14 del demandante, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 dispuso el pago de una mesada adicional a la que había creado la Ley 4ª de 1976 –la mesada 13- en el mes de junio, para todos los pensionados, según lo dispuso la sentencia C-409 de 1994. Si bien dicho derecho se excluyó del ordenamiento jurídico con el Acto Legislativo 01 de 2005, tal enmienda solo se aplica a las pensiones que se causen con posterioridad al 25 de julio de 2005 -cuando entró en vigor el AL 01 de 2005-. Se confirmará entonces la sentencia en este punto, pues como se dijo la pensión del actor se causó en el mes de noviembre de 1993 -cuando fue despedido sin justa causa del MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE y tenía más de 10 años de servicio. Recuérdese que la edad, en los términos anotados, es un requisito de exigibilidad y no de causación.

Se revocará la condena específica tasada por concepto de retroactivo pensional en la sentencia de primera instancia, por tratarse de una prestación periódica y el saldo final solo se puede obtener cuando la entidad hace la inclusión en nómina. En ese momento se deberá incluir la indexación de cada una de las mesadas adeudadas, para llevar a valor presente las sumas de dinero que se debieron pagar en el pasado. Para ese efecto se aplicará 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 (es decir cada mesada de pensión), 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 efectúe el pago, por el índice inicial vigente para la fecha en que cada pago se debió hacer.

Estudiando en consulta en favor de La Nación demandada, se adicionará la sentencia de primera instancia para advertir que la prestación tiene el carácter de *compartida* con la pensión de vejez que eventualmente sea reconocida por COLPENSIONES en favor del demandante. Así lo ordena el artículo 6° del Acuerdo 029 de 1985⁴ y lo ratificó el artículo 17⁵ del Acuerdo 049 de 1990, al disponer frente a la *pensión sanción* que regula el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 que una vez reconocida la pensión de vejez estará a cargo del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere.

Sin condena en costas en esta instancia.

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,

⁴ “Artículo 6° Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse al Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00) moneda corriente, o superior, diez o más años de servicios continuos o discontinuos, ingresarán al Seguro Social Obligatorio como afiliados en las mismas condiciones establecidas en el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la Ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez; en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono (...)” (Subrayas de la Sala).

⁵ “ARTÍCULO 17. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES SANCION: Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono coticie para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado”

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral CUARTO y QUINTO de la sentencia de primera instancia. En su lugar, se ORDENA el pago de las mesadas causadas debidamente indexadas conforme lo expuesto en la parte motiva.
2. **ADICIONAR** la sentencia apelada para **DECLARAR** que la pensión restringida de jubilación a cargo de la UGPP tiene el carácter de pensión compartida con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor del demandante.
3. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
4. Sin condena en 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

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JENNY ALEXANDRA PÉREZ RAMÍREZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, TRÁMITE AL QUE SE VINCULÓ A FIDELINA SIERRA
OLEJUA**

Bogotá D. C., treinta (31) de julio 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 la curador ad litem de FIDELINA SIERRA OLEJUA, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 6 de junio de 2023 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en la que CONDENÓ a la entidad demandada a pagar el 100% de la *pensión de sobrevivientes* en favor de la demandante, hija del causante si acredita la calidad de estudiante ante COLPENSIONES a partir del segundo semestre de 2023 hasta los 25 años, y CONDENÓ a FIDELINA SIERRA OLEJUA a pagar a la demandante las mesadas pensionales que recibió por la muerte de su hijo entre el 23 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2022, debidamente indexadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA HELENA RAMÍREZ TARAZONA en representación de JENNY ALEXANDRA PÉREZ RAMÍREZ presentó demanda contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca en favor de la hija pensión de sobrevivientes que estima causada por el deceso de FREDY ALEXANDER PÉREZ SIERRA, a partir de la fecha del fallecimiento, con el retroactivo que corresponda.

Como fundamento de lo pedido afirma que JENNY ALEXANDRA PÉREZ RAMÍREZ (nacida el 30 de abril de 2002) es hija de FREDY ALEXANDER PÉREZ SIERRA quien falleció el 23 de enero de 2016 dejando causada la pensión a su hija. Dice que COLPENSIONES mediante resolución GNR 98959 de 7 de abril de 2016 reconoció equivocadamente la prestación a la mamá del causante, FIDELINA SIERRA OLEJUA. El 8 de agosto de 2019 elevó solicitud de reconocimiento pensional ante la administradora, que fue negada en resolución SUB 313076 de 2019 y DPE 266 de 2020, lo que la obligó a presentar la demanda laboral (ver demanda folio 4 al 10 en el archivo 01 del expediente digital de primera instancia).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por COLPENSIONES mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones por afirmando que mediante la Resolución GNR 98959 del 07 de abril del 2016 reconoció la prestación en favor de FIDELINA SIERRA OLEJUA madre del afiliado fallecido FREDY ALEXANDER PÉREZ SIERRA (Q.E.P.D.), quien demostrar su calidad de beneficiaria, razón por la cual se encuentra impedida para efectuar el reconocimiento pensional pretendido en favor de la menor JENNY ALEXANDRA PÉREZ RAMÍREZ. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó *inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, buena fe, compensación, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y genérica*. (Ver contestación folio 1 a 14 del archivo 02 del expediente digital de primera instancia).

Por auto dictado en audiencia el 10 de diciembre de 2020, el juzgado ordenó la vinculación como litisconsorte necesario de FIDELINA SIERRA OLEJUA (archivo 05 del expediente digital). Ante la imposibilidad de notificarla personalmente, por auto del 8 de febrero de 2023 (archivo 27 del expediente digital) le fue designada curadora ad-litem. En su escrito de contestación no se opuso ni se allanó a las pretensiones. No propuso excepción alguna. (Ver contestación archivo 33 del expediente digital de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de junio de 2023 mediante la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a

COLPENSIONES al pago del 100% de la pensión de *pensión de sobrevivientes* a favor de la demandante a partir del segundo semestre de 2023, DECLARÓ que FIDELINA SUAREZ OLEJUA no tiene derecho al reconocimiento pensional de sobrevivientes, y la CONDENÓ a devolver el valor de las mesadas que recibió entre el 23 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2022, debidamente indexado. Para tomar su decisión la juez encontró acreditada la calidad de hija de la demandante quien, conforme las previsiones legales, desplaza a la madre del causante. Negó el pago de intereses moratorios al no darse los presupuestos facticos.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que JENNY ALEXANDRA PÉREZ RAMÍREZ acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su padre FREDY ALEXANDER PÉREZ SIERRA que en paz descanse a partir del 23 de enero del 2016 en cuantía equivalente al SMLMV, 13 mesadas pensionales al año con los reajustes anuales correspondientes SEGUNDO: DECLARAR que FIDELINA SIERRA OLEJUA no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida mediante resolución GNR 98959 del 7 de abril de 2016 con ocasión al fallecimiento de su hijo FREDY ALEXANDER SIERRA en consecuencia ordenamos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES retirar de la nómina de pensionados de forma inmediata a FIDELINA SIERRA OLEJUA. TERCERO: CONDENAR a FIDELINA SIERRA OLEJUA a pagar el retroactivo pensional que le correspondiere al aquí demandante JENNY ALEXANDRA PÉREZ RAMÍREZ esto es el 100% de las mesadas pensionales que recibió entre el 23 de enero de 2016 por el fallecimiento del causante FREDY ALEXANDER SIERRA y el 31 de diciembre de 2022 momento hasta el cual la demandante acreditó su calidad de estudiante en este proceso mesadas pensionales que deberán reconocerse debidamente indexadas desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES realizar el pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de FREDY ALEXANDER PÉREZ SIERRA que en paz descanse a favor de JENNY ALEXANDRA PÉREZ RAMÍREZ únicamente en el evento en que se acredite la calidad de estudiante al fondo de pensiones a partir del segundo semestre del año 2023 y hasta el*

cumplimiento de los 25 años de edad esto es 30 de abril de 2025. QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones. SEXTO: DECLARAR no probadas las demás excepciones de la demanda. SÉPTIMO: No existen costas. OCTAVO: Se ordena la consulta de la sentencia. ”
(Audiencia virtual del 2 de diciembre de 2022, archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 29:20).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el curador *ad litem* de la vinculada FIDELINA SIERRA OLEJUA pide que se revoque la condena de pago del retroactivo pensional que se dictó en contra de la madre del causante. Como sustento manifiesta que la demandante no demostró que FIDELINA SIERRA OLEJUA conociera de la existencia de la JENNY ALEXANDRA PÉREZ RAMÍREZ, contrario a ello, MARÍA HELENA RAMÍREZ TARAZONA si conocía del paradero de la vinculada y no la llamó a juicio. Dice que FIDELINA SIERRA OLEJUA actuó de buena fe¹ (Audiencia virtual, récord 01:02:17, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará el Tribunal: (i) que la demandante es hija del causante; (iii) que mediante Resolución GNR 98959 del 7 de abril de 2016 COLPENSIONES reconoció el 100% de la pensión de sobrevivientes a favor de FIDELINA SIERRA OLEJUA, progenitora del causante (ver folios 101 a

¹ *“Su señoría dentro del término legal presentó recurso de apelación parcial referente al punto 3 de la sentencia manifestando que la parte demandante no demostró dentro del proceso que la señora Fidelina la cual actuó como curadora conocía de la existencia de la señorita Alexandra tal y como se manifestó en los alegatos de conclusión la señora María Tarazona sí conocía el paradero de la señora FIDELINA y no la convocó a juicio como debería ser ni tampoco le hizo reclamación previa a la presentación de esta demanda con el fin de exigirle la devolución del retroactivo que aquí está reclamando téngase en cuenta que la señora Fidelina actuó de buena fe porque al parecer de acuerdo a la documental que aportó Colpensiones y de la que obra en el expediente no conocía de la existencia de la hoy aquí demandante señorita Alexandra Pérez por lo cual tenían derecho en su momento de solicitar el reconocimiento de pensión de sobrevivientes por tanto demostró la dependencia económica que tenía de su hijo que en paz descansa frente a esto se solicita a la honorable Sala revocar parcialmente la decisión de negarle la pretensión invocada a la condena y la pretensión por la parte demandante que la señora FIDELINA tenga que pagar el retroactivo reconocido desde el 23 de enero 2016 al 31 de diciembre de 2022 toda vez de que no se acreditó que la señora Fidelina conociera la existencia de la aquí demandante. Muchas Gracias.”*

107 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES (artículo 69 del CPTSS) y en consonancia con el recurso propuesto (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir: (i) si la demandante acreditó o no los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de FREDY ALEXANDER PÉREZ SIERRA, como hija, y (ii) si procedía o no la condena impuesta a cargo de la vinculada FIDELINA SIERRA OLEJUA, quien recibió mesadas pensionales en condición de madre dependiente económicamente del causante.

(i) RECONOCIMIENTO PENSIONAL Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 47 literal c) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dispone como beneficiarios de la pensión por sobrevivientes -entre otros- a los hijos menores de 18 años y los hijos mayores de 18 años hasta los 25 años del causante, que por razón de estudios no pueden trabajar, si dependían económicamente de él para el momento de su muerte y acreditan la condición de estudiantes.

Con estas premisas normativas y revisada la evidencia del expediente, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto reconoció el derecho a JENNY ALEXANDRA PÉREZ RAMÍREZ, pues en ella se demostraron las condiciones que dan acceso a la pensión que reclama, para el momento en que ocurrió el deceso de su padre -23 de enero de 2016-.

Como se dijo al inicio, no existe controversia acerca de su filiación como hija del causante (folio 11 del archivo 01 del expediente digital). Para la fecha de la muerte de FREDY ALEXANDER PÉREZ SIERRA tenía 13 años de edad -nació el 30 de abril de 2002-. Como la demandante cumplió 18 años el 30 de abril de 2020, a partir de esa fecha y hasta el cumplimiento de 25 años tendrá derecho a las mesadas de pensión si acredita ante COLPENSIONES la condición de estudiante. La demandante allegó certificación expedida el 4 de agosto de 2022 (ver archivo 45) por la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA UNIMONSERRATE que deja constancia de que está adelantando tercer semestre del programa de TRABAJO SOCIAL pero no que tales estudios se estén adelantando en el primer semestre de 2023.

Procede entonces el pago la pensión como lo definió el juez de primera instancia, a partir del segundo semestre de 2023 siempre y cuando acredite la condición de estudiante ante la administradora de pensiones, y en dado caso solamente hasta cuando cumpla 25 años de edad.

(ii) RETROACTIVO PENSIONAL. El *a quo* condenó a FIDELINA SIERRA OLEJUA, madre del causante, a pagar a la demandante (hija del causante) las mesadas que recibió en el pasado como pensión de sobrevivencia reconocidas equivocadamente por COLPENSIONES en condición de madre dependiente económicamente del causante FREDY ALEXANDER PÉREZ SIERRA.

Dicha condena será revocada, pues además de que FIDELINA SIERRA OLEJUA no se elevaron pretensiones en su contra, circunstancias que de entrada le impidió ejercer sus derechos de contradicción y defensa, ninguna evidencia hay en el expediente de que su actuar no estuviera revestido de buena fe exenta de culpa en la asignación inicialmente equivocada de la prestación. Sobre esto último, la jurisprudencia laboral ha enseñado que en materia pensional procede la devolución de lo pagado solamente cuando se acredite en el expediente que el actuar no estuvo revestido de buena fe².

² CSJ Sentencia SL2536-2020. “En línea con lo anterior cabe recordar que, en casos similares al presente, ya se tiene establecido que la devolución de los mayores valores de las mesadas pensionales no es viable, si la entidad interesada en ello no acredita la mala fe del pensionado en su proceder. En efecto, así lo ha dicho en sentencias como la CSJ SL 2009-2019, en la que recordó lo expuesto en otro caso parecido:

“No se accede a la devolución de lo pagado en exceso al actor, como consecuencia de la indebida liquidación de la pensión de jubilación, en tanto la Corte ha adocinado que no habrá lugar a ordenar la devolución de las sumas pagadas al accionado, «por cuanto hubo buena fe en su proceder, además de que fue la propia Universidad la que incurrió en error al proferir el acto administrativo, y no existen elementos de juicio que permitan deducir que el ex-trabajador pudo haber actuado de manera mal intencionada» (CSJ SL, 27 ene. 2010, rad. 35348).

Se trata de un criterio decantado, que se ha iterado en diversas oportunidades, como cuando se pronunció la sentencia CSJ SL4660-2018, en estos términos:

No se equivocó el juez plural al sustentar en la buena fe, la negativa al reembolso de las sumas pagadas de más, ya que es la propia jurisprudencia laboral la que señala dicha conducta como límite para recuperar prestaciones concedidas en exceso, estableciendo como condición, que los estipendios así otorgados no pueden, por ese solo hecho, tornarse en inamovibles. En providencia CSJ SL, 4 de mayo de 2006, rad. 26969, se consideró:

[...]

“En el presente caso, la disposición acusada le otorga a la administración, la facultad de

No existía entonces fundamento jurídico válido alguno para condenar a la madre del causante a pagar las mesadas que percibió de buena fe, menos aún si no se agotó el trámite que podría resultar eficaz para ese efecto, el *llamamiento en garantía*, figura que permite en el actual CGP los efectos que tenía la *denuncia del pleito* regulada en el anterior CPC (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600020110051901 (45783), C. P. Jaime Orlando Santofimio).

SIN COSTAS en esta instancia.

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,

demandar ‘en cualquier tiempo’ los actos administrativos mediante los cuales se reconozcan prestaciones periódicas, precisando que ‘no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe’. Quiere ello decir, que la norma acusada, en cuanto le concede a la administración tal facultad, no vulnera los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, tal y como han sido entendidos por la Corte en múltiples fallos, por cuanto el legislador no está partiendo de la mala fe de los administrados, ni tampoco está defraudando expectativas legítimas que a los mismos se les hubiesen creado. Se trata, simplemente de que ningún ciudadano puede esperar que, con el paso del tiempo, se regularice o se torne intocable una prestación económica que le ha sido otorgada en contra del ordenamiento jurídico y en deterioro del erario público. Ello indica entonces, que si bien el legislador debe actuar sin menoscabar los derechos legítimamente adquiridos, no está imposibilitado para permitir a la administración, de manera excepcional, demandar en cualquier tiempo su propio acto, cuando encuentre que éste se ha proferido contrariando el ordenamiento jurídico, ello con el fin de defender intereses superiores de la comunidad”. (Subraya la Sala)

Bajo esos criterios, correspondía a la promotora del litigio, la demostración de que el pensionado no actuó de buena fe, bien por inducir en error de la administración o por haberse beneficiado de un hecho fraudulento, tal como lo ha expuesto la Sala, de manera pacífica y reiterada, en sentencia CSJ SL, 26 ene. 2010, rad. 36095:

Ahora bien, en cuanto a la orden de devolver las sumas de dinero recibidas por concepto de mesadas pensionales, bajo el entendido de no haberse demostrado la buena fe del llamado a responder, contrario a lo que dedujo el Tribunal, a juicio de la Sala, lo que fluye evidente es que FERNANDO VARÓN GUZMÁN actuó bajo la invencible convicción de reunir los requisitos previstos convencionalmente para tener derecho a la pensión de jubilación, que finalmente le reconoció su empleadora; muestra de ello es que se acogió al “PLAN E”, conforme lo manifestó expresamente a la entidad (fl. 160), dispuesto para trabajadores con derecho a pensión, empero, sin que hubiera aducido algún elemento de juicio con la intención de inducir a error al ente promotor del litigio.

Bajo la precedente perspectiva, como el reconocimiento de la pensión de jubilación se generó en un error atribuible exclusivamente a la empleadora, a pesar de que, para efectos de constatar la carencia de las exigencias convencionales en cabeza del demandado, tenía en su poder toda la información del demandado, sumado a la ausencia de mala fe de éste, son suficientes para arribar a la conclusión de que no era viable ordenar la devolución de lo ya cancelado”.

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en segunda 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

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GLORIA ISABEL CARDONA DE VILA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de julio 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 22 de febrero de 2023 por el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha providencia se DECLARÓ que GLORIA ISABEL CARDONA DE VILA cónyuge supérstite es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de ALBERTO RAYMOND LUIS VILA SERRA, junto con los intereses moratorios.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, GLORIA ISABEL CARDONA DE VILA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de excónyuge; en consecuencia, pide que le sea reconocida la prestación a partir del deceso junto con el retroactivo y los intereses moratorios. Como fundamento de sus pretensiones afirma que contrajo matrimonio por el rito católico con ALBERTO RAYMOND LUIS VILA SERRA el 10 de octubre de 1970 el que fue inscrito en la Notaria Primera del Círculo de Bogotá, unión de la cual se procrearon tres hijos de nombres ANA MARÍA VILA CARDONA, ALBERTO ESTEBAN VILA CARDONA y JUAN PABLO VILA CARDONA (Q.E.P.D.). Relató que la convivencia se mantuvo por 19 años, hasta el mes de abril de 1989, cuando amigablemente se *separaron* de hecho y liquidaron

la sociedad conyugal mediante escritura pública No. 446 otorgada en la Notaria Veintiocho del Círculo de Bogotá, sin disolver la unión conyugal. Asegura que, a pesar de la separación de hecho, continuaron compartiendo viajes y celebraciones familiares. Manifiesta que ALBERTO RAYMOND LUIS VILA SERRA falleció el 3 de noviembre de 2019 sin que para esa data el causante tuviera constituida unión marital de hecho. Informa que COLPENSIONES reconoció al causante pensión de vejez mediante resolución No. 040394 de 2006. Informa que COLPENSIONES le negó el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes por no acreditar la convivencia durante los 5 años anteriores al deceso, decisión que fue confirmada al resolver los recursos de reposición y apelación (ver demanda archivo 01 y subsanación de demanda archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que no se acreditaron los requisitos legales del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para ostentar la calidad de beneficiaria, pues la demandante confesó no haber convivido con el causante en los últimos 30 años anteriores al deceso, además puso de presente la separación de cuerpos desde el mes de abril de 1989 y la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. En su defensa propuso las excepciones que denominó *prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y no configuración de intereses moratorios* (ver contestación archivo 13 páginas 2 a 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de febrero de 2023, a través de la cual el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ que GLORIA ISABEL CARDONA DE VILA en calidad de cónyuge sobreviviente tiene derecho a la sustitución de la pensión que devengaba ALBERTO RAYMOND LUIS VILA SERRA. En consecuencia, ordenó el pago a partir del 4 de noviembre de 2019, junto con los intereses moratorios. Lo anterior, tras considerar que los medios probatorios acopiados al expediente dan cuenta de que GLORIA ISABEL CARDONA DE VILA acreditó, en calidad de cónyuge, los requisitos previstos en las normas legales para acceder a la

prestación, esto es la convivencia entre los años 1970 y 1989, sin que estos se vean afectados por la liquidación de la sociedad conyugal ante la subsistencia del vínculo matrimonial.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES al reconocimiento de la sustitución pensional del señor ALBERTO RAYMON VILA SERRA a favor de la señora GLORIA ISABEL CARDONA DE VILA en un porcentaje del 100% de la misma forma indexada al momento de su pago actualizando año a año dicha prestación desde el 4 de noviembre del 2019, además del pago de mesadas pensionales adicionales que recibía el causante. SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandada COLPENSIONES al pago de interés moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 a favor de la aquí demandante a la tasa máxima legal a partir del 9 de abril de 2020 4 meses posteriores a la reclamación del 9 de diciembre del 2019. TERCERO: En costas a cargo de la parte demandada COLPENSIONES y a favor de la demandante por la suma de \$3.000.000. CUARTO: De no ser apelada la presente decisión envíese a la sala laboral del honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”* (Audiencia virtual, archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 31:15).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia, asegura que la demandante no acreditó el requisito de convivencia afectiva ni una vida en comunidad con el causante en los 5 años anteriores al deceso, requisito que considera la jurisprudencia es aplicable tanto a la cónyuge como a la compañera permanente. Conforme lo sentado en la sentencia C-515 de 2019, señala que la pensión de sobrevivientes procede para la cónyuge separada de cuerpos siempre y cuando haya decidido mantener los efectos patrimoniales del matrimonio. En lo relacionado con los intereses y la indexación, dice que no existía obligación de la entidad en reconocer la prestación que reclama la demandante y ha obrado de buena fe. Pide que se revoque la condena en costas, como quiera que COLPENSIONES no tiene un rubro destinado a este concepto, lo que

*genera un detrimento de la administradora*¹ (Audiencia virtual, archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 32:47).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

¹ “Su señoría muchas gracias presento recurso de apelación estando en la oportunidad procesal pertinente en atención a que presento el recurso de reposición a la totalidad del fallo su señoría dado que pues el fallo está condenando a mi representada al 100% de la pensión a indexación a intereses moratorios y a costas de conforme a lo siguiente resulta indispensable para adquirir la pensión de sobrevivientes para adquirir la calidad de beneficiario a la sustitución pensional tal como lo exige la jurisprudencia por ejemplo en la sentencia SL-1399 de 2018 radicación 45779 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas lo siguiente según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionalmente el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes tanto en beneficio de los compañeros permanentes como de los cónyuges por la convivencia ha entendido la corte que es aquella convivencia de vida forjada en el crisol del amor responsable la ayuda mutua el afecto entrañable el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable a la par de una convivencia real, afectiva y efectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado según la Corte Suprema de Justicia sala laboral 2 de marzo de 1999 radicado 11245 y la misma de la misma sala del 14 de junio de 2011 radicado 31605 así su señoría la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable permanente y firme de mutua comprensión soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico y continuo hacia un destino común lo anterior excluye los encuentros pasajeros, casuales y esporádicos e incluso las relaciones que a pesar de ser prolongadas no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida en el mismo sentido sobre el cónyuge con sociedad conyugal disuelta y liquidada se ha indicado en la sentencia C -515 de 2019 con ponencia del magistrado Alejandro Linares Cantillo que de acuerdo con lo anterior y en atención al confort al cargo formulado en la demanda objeto de estudio es claro que el artículo 47 de la ley 100 del 93 según modificado creó una regla general al momento de establecer los requisitos para para los cónyuges o compañeros permanentes literal a el inciso 1 y 2 y parte inicial del tercero literal B que da prelación a la convivencia de cualquier vínculo formal sin embargo el legislador decidió a su vez crear en el aparte demandado parte final del inciso 3 literal B una sección a dicha regla determinando que el derecho a la pensión de sobrevivientes se conservaría en una cuota parte a los cónyuges que en algún momento hubiesen convivido por más de 5 años pero que estén separados de hecho sin convivencia al momento de la muerte del causante pero que hubiesen decidido mantenerlos de los efectos matrimoniales del matrimonio con esta sección objeto el presente fallo y solicito muy comedidamente reponer, apelar el fallo señalado en la fecha de hoy y aunado a lo anterior pues en lo referente a los intereses y a la indexación que fue condenada mi defendida como pues al momento de la solicitud y al momento de presentar la demanda Colpensiones le había reiterado a la demandada que no tenía derecho a lo pretendido no existía causal para pues para interponer este derecho ya que no había obligación de mi representada a realizar reconocimiento alguno y frente a las condenas en costas pues Colpensiones no tiene un rubro destinado a condenas en costas y agencias en derecho por lo cual este dinero sale de los valores que financia el sistema de pensiones en el régimen de prima media lo que genera un detrimento al patrimonio de las pensiones de sus demandantes en este sentido le pido al tribunal examine el pago de dichas costas ya que se debe presumir la buena fe a menos de que se demuestre lo contrario situación que lleva a la imposibilidad de condenar en costas con base a lo siguiente el artículo 365 del código general del proceso igualmente aplicable al procedimiento laboral atendiendo el artículo 145 del código procesal del trabajo faculta al juez para condenar en costas a la parte vencida teniendo en cuenta la consideración de la conducta asumida por esta que es una norma de carácter procesal de vigencia inmediata de acuerdo al artículo 40 de la ley 153 de 1887 y la reiterada jurisprudencia de la corte de Suprema de Justicia por lo cual respetuosamente solicito a los honorables magistrados se abstengan de condenar en costas a mi representada toda vez que se ha demostrado siempre que ha actuado conforme a los mandatos legales constitucionales y conforme a la normatividad vigente su señoría de esta manera quedan sentados mi recurso de apelación. Muchas gracias su señoría.”

No fue objeto de controversia en esta instancia: (i) que ALBERTO RAYMOND LUIS VILA SERRA falleció el 3 de noviembre de 2019 (página 19 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia); (ii) que mediante resolución 040394 de 29 de septiembre de 2006, el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -COLPENSIONES- reconoció pensión de vejez al causante a partir del 1 de octubre de 2006; (iii) que ALBERTO RAYMOND LUIS VILA SERRA y GLORIA ISABEL CARDONA BECERRA contrajeron matrimonio católico el 10 de octubre de 1970 (ver página 4 y 5 archivo 02); y (iv) que mediante escritura pública No. 0446 de 4 de abril de 1989 se liquidó la sociedad conyugal -nota marginal registro de matrimonios- (ver página 4 y 5 archivo 02).

El Tribunal debe definir si se causó o no el derecho a pensión de sobrevivientes (por sustitución pensional) que reclama GLORIA ISABEL CARDONA DE VILA.

Para resolver la controversia el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, a la cónyuge o a la compañera permanente superviviente del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco años antes del óbito, demás, para el acceso a la pensión de un o una cónyuge con separación de cuerpos la norma exige que la sociedad conyugal se encuentra vigente o no disuelta (inciso segundo literal B, artículo 13 de la Ley 797 de 2003).

Sobre el contenido de esta parte de la norma, en la sentencia C-515 de 2019, la Corte Constitucional dispuso con efectos de Cosa Juzgada Constitucional y por ello de obligatorio acatamiento para *todos* los jueces, que el requisito señalado (sociedad conyugal vigente) rige. Específicamente y para casos como el que se estudia, advirtió: *“la configuración normativa de esta prestación económica tiene como base el requisito de convivencia efectiva con el causante. Sin embargo, en los supuestos de convivencia no simultánea entre el cónyuge y la compañera o compañero permanente, la ausencia de una convivencia efectiva dentro de los 5 años anteriores a la muerte del causante, justifica que el legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración en materia pensional (ver supra, numerales 56 y 57), establezca la vigencia de la sociedad conyugal como una condición necesaria para reconocer este derecho pensional al cónyuge superviviente, que separado de hecho, mantuvo el*

vínculo patrimonial con el causante, guiada por los principios que definen la pensión de sobrevivientes. Por lo anterior, es dado concluir que le asisten razones al legislador para distinguir en situaciones donde no es posible que el cónyuge acredite la convivencia hasta la muerte del causante –convivencia no simultánea-, que el cónyuge supérstite acredite la vigencia del vínculo patrimonial –sociedad conyugal-, que de manera voluntaria decidieron mantener con el causante, pese a la separación de hecho” (sentencia C-515 de 2019, M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO).

Con las anteriores reglas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el acervo probatorio arrimado al expediente, la Sala revocará la decisión de primera instancia que reconoció a GLORIA ISABEL CARDONA DE VILA la pensión que recibía en vida ALBERTO RAYMOND LUIS VILA SERRA, para en su lugar absolver a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra, pues como se advirtió desde el inicio, no fue objeto de discusión en el trámite de primera instancia que la sociedad conyugal que tenía la demandante con el causante se disolvió desde abril del año 1989, y se probó que desde entonces no hubo convivencia ni vínculos de *familia* en la pareja.

Las pruebas acreditan que mediante escritura pública No. 0446 de 4 de abril de 1989 se liquidó la sociedad conyugal (ver página 4 y 5 archivo 02), y que desde entonces ocurrió la separación de cuerpos de la pareja.

De las declaraciones rendidas por BEATRIZ BONILLA y GLORIA CAÑÓN (Audiencia virtual del 9 de junio de 2022 archivo 18), quienes indicaron ser amigas y vecinas de la demandante se deduce que la pareja compartía momentos esporádicamente, y de la declaración de ALBERTO ESTEBAN VILA, hijo de la pareja, se deduce que desde *mediados del año 1990* la pareja se separó y se liquidó la sociedad conyugal, el causante residía en la ciudad de Cartagena y la demandante en Bogotá y aunque por motivos de salud el primero se trasladó a esta ciudad, lo cierto es que no compartía *lecho, techo o mesa* con la demandante, pues ella vivía con su progenitora, y si bien la tenía afiliada a medicina prepagada (Audiencia virtual del 9 de junio de 2022 archivo 18) de ello no se obtienen las condiciones legales para acceder a la prestación. La *convivencia* y la *sociedad conyugal* se habían extinguido desde el año 1989, 30 años antes de la muerte.

En el contexto normativo referido en esta sentencia (leyes y jurisprudencia de la Corte Constitucional), no basta para acceder a la prestación que la pareja hubiera mantenido una relación amigable y cordial después de su separación.

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. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la COLPENSIONES de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra.
2. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandante.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 26 2021 00120 01
Adriana Mora 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 ADRIANA MORA VALENCIA CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 31 de mayo de 2023 por la Juez Veintiséis (26) 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, ADRIANA MORA VALENCIA 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* de la vinculación al régimen de ahorro individual, con fundamento en que los asesores de PROTECCIÓN nunca le suministraron una información consistente, veraz y objetivamente verificable que corroborara las promesas con las cuales fue inducido al traslado. En consecuencia, pide que se declare vigente y sin solución de continuidad su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, se condene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES el valor de los

EXP. 26 2021 00120 01
Adriana Mora Valencia vs Colpensiones y otro.

aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual junto con los cobros y gastos administrativos, y a COLPENSIONES a aceptar su retorno. Además, solicita que se condene a PROTECCIÓN al pago de cincuenta (50) salarios mínimos *como consecuencia de la conducta atentatoria contra su derecho pensional de acuerdo con el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993* (ver demanda folios 3 a 16, 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 todas las pretensiones con fundamento en que la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen. Afirma que la elección del régimen y de la administradora fue libre, espontánea y sin presiones, siendo consiente la demandante que con la suscripción del formulario se trasladaba al RAIS. Asegura que las causales para declarar la nulidad son taxativas y que la demandante no probó la existencia de algún vicio del consentimiento. Advierte que no es viable el traslado de la demandante por estar inmensa en la prohibición de traslado establecida en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones de mérito la *presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, cobro de lo no debido y buena fe* (ver contestación folio 173 a 182 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia)

PROTECCIÓN S.A., se opuso también a las pretensiones de la demanda que la involucren. Afirma el traslado de la demandante a ese fondo fue 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 en el año 1994 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 diferencia que pueda existir en el valor de su mesada pensional en el RAIS o en el RPM no implica un engaño. Refiere que la actora está a menos de 10 años para

EXP. 26 2021 00120 01
Adriana Mora Valencia vs Colpensiones y otro.

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 5 a 34 del archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 31 de mayo de 2023, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) 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 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 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 el traslado efectuado por la demandante ADRIANA MORA VALENCIA al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo*

EXP. 26 2021 00120 01
Adriana Mora Valencia vs Colpensiones y otro.

a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PROTECCIÓN, fijándose como agencias en Derecho la suma de un millón de pesos (\$1'000.000)." (Audiencia virtual, récord 48:40, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que, según la normatividad aplicable en el momento del traslado, la firma del formulario de afiliación la era constancia plena de aceptación de manera espontánea, libre y expresa de cambio de régimen y que la decisión que se adopte en el proceso se debe ajustar a las normas vigentes en esa época. Considera que la juez no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica según el cual Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico y no puede verse afectado ni beneficiado por las consecuencias del contrato que se declara ineficaz. Asegura que la decisión afecta la sostenibilidad financiera, y que existe la prohibición legal de traslado. Solicita, en caso de confirmarse la sentencia, que se mantenga la orden a cargo de Protección de devolver todos los aportes¹ (Audiencia

¹ "Sí, su Señoría, Colpensiones desea sustentar recurso de apelación en los siguientes términos. En primer lugar, he de manifestar que la señora Juez al momento de su decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, considerando esa falta del deber de información que tenía la AFP, al momento de la suscripción del formulario de afiliación pasó por alto que para esa fecha del traslado la realidad del momento, según la normatividad aplicable para la Ley 100, artículo 13, literal e y b del Decreto 692 del 94, 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 del formulario de afiliación lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva del documento suscrito y registrado por la demandante. Así mismo, cabe resaltar que para la fecha de la suscripción y firma del formulario no existía la Ley 1748 del 2014, ni el decreto 2071 del 2015, con los cuales nace la obligación de la AFP de una doble asesoría a 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 la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado en este asunto le de la Ley 100 del 93, 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 pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste en solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recurso, sino que existen además como lo expresa el artículo 29 de la Constitución el ajuste a las normas

EXP. 26 2021 00120 01
Adriana Mora Valencia vs Colpensiones y otro.

virtual, récord 49:52, archivo 17 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 falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó

preexistentes al acto que se juzga a sí mismo honorables magistrados, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, como se hizo por parte del a quo, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien, sin haber participado en el trámite de 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 el tan importante al principio de la relatividad jurídica esto en torno a qué Colpensiones es un tercero en este asunto y es de recordar que los actos jurídicos en principio tienen efectos interpartes 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 en la entidad a la que represento no puede de ninguna manera ser favorecida ni mucho menos perjudicada por este contrato que se celebró entre la demandante y la AFP. Ahora bien, en cuanto a lo manifestado por la señora juez de Primera Instancia en que la carga de la prueba recae, pues exclusivamente en cabeza de la AFP y al transpolar lo señalado por la Corte en la sentencia referida por este tipo de decisiones encontramos que hasta la fecha, el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 98 y el 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad. Por eso imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época es imposible. dicho el anterior, pongo en su consideración que en este asunto la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada esto en cuanto la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 de 2005, es que donde reiteramos 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 le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez tiene razón de ser. 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 semanas, puedan obtener una pensión mínima independiente de las sumas efectivamente cotizado, permitir que una persona por interés particular próxima a la edad de pensionarse y que estuvo realizando sus aportes durante más de 20 años a otra entidad diferente como se da en este asunto, se beneficia y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás. Resulta contrario no solo al concepto constitucional de equidad, sino también al principio de eficiencia pensional con lo anterior dejó sustentado el recurso reiterando a los honorables magistrados, se revoque la decisión que se acaba de proferir y en consecuencia se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones en su contra. Ahora bien, en caso de que se llegara a confirmar la decisión por parte del del Tribunal, ruego se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido que está debe

EXP. 26 2021 00120 01
Adriana Mora Valencia vs Colpensiones y otro.

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 (...)*”.

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 33² años de edad y había cotizado 42,14³ semanas,

reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió no siento más Su Señoría dejó sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias.”

² Nació el 29 de septiembre de 1961.

EXP. 26 2021 00120 01
Adriana Mora Valencia vs 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 meses y 22 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda superaba la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 58 años de edad- ver folio 26 y 162 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 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).

³ Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, válida para bono pensional, folio 94 archivo 12.

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”.

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. 26 2021 00120 01
Adriana Mora Valencia vs 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 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, 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).

EXP. 26 2021 00120 01
Adriana Mora Valencia vs Colpensiones y otro.

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 COLMENA hoy 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 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, la empresa donde laboraba le informó que el ISS estaba cerrado y que iba a ser afiliada a PROTECCIÓN. Procedió a firmar el formulario, sin tener contacto con algún asesor de esa AFP (Audiencia virtual del 31 de mayo de 2023, récord 8:16).

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. 26 2021 00120 01
Adriana Mora Valencia vs Colpensiones y otro.

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 junto con los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima a cargo de aquella 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, 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 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,

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. 26 2021 00120 01
Adriana Mora Valencia vs Colpensiones y otro.

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. **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. 26 2021 00425 01
Ricardo Guerra Mantilla 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 RICARDO GUERRA MANTILLA CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 25 de mayo del 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).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, RICARDO GUERRA MANTILLA 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* del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual efectuado a través de la afiliación a PORVENIR, sin solución de continuidad, por cuanto

EXP. 26 2021 00425 01
Ricardo Guerra Mantilla contra Colpensiones y otro.

dicha AFP omitió la obligación del buen concejo y brindarle una información clara y completa de los beneficios, contras y/o consecuencias del traslado. En consecuencia, 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, rendimientos, intereses y gastos administrativos; y a esta última, a validar los aportes e incorporarlos en su historia laboral (ver demanda folios 1 a 4 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PORVENIR S.A., se opuso a las peticiones con fundamento en 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 20710 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 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. Indica que en los hechos de la demanda lo que se está haciendo es *alegar la propia culpa en su beneficio* pues contó con múltiples oportunidades para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada. Formuló como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por*

EXP. 26 2021 00425 01
Ricardo Guerra Mantilla contra Colpensiones y otro.

ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (ver contestación folios 2 a 28 archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLPENSIONES también se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirma que el demandante realizó su traslado en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen y que esa entidad se encuentra imposibilitada para recibirlo como afiliado, conforme lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. En caso de un fallo condenatorio, solicita se ordene el retorno de todos los aportes sin descuento alguno y se le absuelva del pago de costas y agencias en derecho. En su defensa propuso las excepciones de *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 3 a 10 del archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de mayo del 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, la Juez aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR (antes HORIZONTE) 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 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 ineficaz el traslado efectuado por el demandante RICARDO GUERRA MANTILLA al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

EXP. 26 2021 00425 01
Ricardo Guerra Mantilla contra Colpensiones y otro.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante RICARDO GUERRA MANTILLA, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos legales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000” (Audiencia virtual, récord 51:13 archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, PORVENIR afirma que cumplió con el deber de información establecido para la época, y que no se pueden aplicar de manera retroactiva obligaciones creadas con posterioridad. Solicita se revoque la orden de trasladar los gastos de administración y los seguros previsionales pues se trata de recursos que cumplieron su fin y que no se encuentran en poder de la compañía. Advierte que tampoco hay lugar a la indexación ya que con los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, y que debe revocarse la condena en costas por cuanto actuó de buena fe¹

¹ “Su señoría muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá exaltando los motivos de inconformidad con la sentencia preferida señores magistrados le solicito que señalen si efectivamente el demandante tomó una decisión informada para el traslado al fondo de pensiones que representó máxime si se tiene en cuenta que mi representada cumplió con el deber de información que está establecido para la época el cual no exigía dejar constancia escritural de lo informado al afiliado y siempre se ha contaba con asesores comerciales capacitados se recuerda que la prueba documental que frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información no eran obligación vigente para

EXP. 26 2021 00425 01
Ricardo Guerra Mantilla contra Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual, récord 52:24, archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLPENSIONES, en su recurso indica que, de acuerdo a la normatividad aplicable para el momento del traslado, con la firma del formulario de afiliación el demandante aceptó de manera espontánea, libre y expresa las condiciones del mismo. Asegura que la *a quo* no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, esto es, que esa entidad es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre las partes que no puede verse afectada con la nulidad de un acto en el que no participó; tampoco, que con la decisión se afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Refiere que el demandante inmerso en la prohibición de traslado consagrada en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 y por ello no es viable su regreso al RPM. De confirmarse la sentencia, pide se condicione el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la

el momento en que se dio el traslado de la parte demandante al fondo de pensiones que represento pues esta obligación surgió únicamente con la circular 016 del 2016 de la superintendencia financiera de Colombia por lo cual no es cierto que mi representada se encuentra en la mejor posición probatoria que acredite lo solicitado así mismo se resalta que la obligación del buen consejo la doble asesoría e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir de los años 2013 y 2014 por lo cual tales obligaciones no existían para el momento de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva solicito también que tengan en cuenta que revocuen en ese sentido la orden de trasladar los recursos por conceptos de gastos de administración y de seguro provisional toda vez que eres un dinero que ya no se encuentra en el capital de mi representada cumplieron con su fin y propósito para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado con los que incluso superaron los que hubiese podido generar Colpensiones y en la actualidad el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte sean materializado y han sido asegurados por lo cual no es posible retrotraer la cobertura el servicio ya se ha prestado y como manifesté el patrimonio en capital ya no se encuentra en el patrimonio de Porvenir por lo cual no es posible regresar en cuanto a la indexación se considera que no hay lugar hay imposición toda vez que está claro que con los rendimientos se compensaría la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse podido generar en los recursos a retornar por tal razón se solicita revocar esa condena impuesta por venir en su lugar que se condene que toda la suma se devuelvan junto con su rendimiento se recuerda que toda decisión judicial de traslada de régimen pensional deben estar encaminadas a la sostenibilidad y estabilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones por lo cual es imperioso que se haga un análisis de las consecuencias económicas que se derivan de autorizar estas solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema por último la suscrita considera que consecuentemente debe ser revocada la orden de condena e costas a Porvenir toda vez que la misma actúa de buena fe y en incumplimiento de la normativa. En esos términos su señoría concluyo la sustentación del recurso.”

EXP. 26 2021 00425 01
Ricardo Guerra Mantilla contra Colpensiones y otro.

administradora al previo reintegro de los aportes por parte de Porvenir² (Audiencia virtual, récord 55:46, archivo 19 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 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

² “Muchas gracias, señor juez, me permito presentar de manera respetuosa, recurso de apelación frente a la decisión proferida por el despacho y esto mediante directriz especial de Colpensiones en el sentido de Inconformidad por la condena en costas suscitada, pues a la fecha Colpensiones, le indicó al demandante su negativa de recibirlo en el régimen de prima media únicamente ante la imposibilidad legal preceptuada en la Ley 797 de 2003 y esto ante la proximidad por lo menos del señor Vargas Morales en cumplir ese requisito de edad para acceder a una eventual prestación previsional de eso, lo cual, como lo indica la norma, su afiliación debía permanecer incólume en el fondo privado codemandado y en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que dice un poco, pues en el presente litigio por lo cual Colpensiones, únicamente estuvo ceñida a la ley conforme a los demás pormenores del proceso, se pudo constatar que el señor demandante tomó una determinación espontánea y libre al tanto abandonar el Seguro Social, como de elegir el fondo privado, para el cual se trasladó en el 99 y pues para Colpensiones tampoco es de recibo que demandante estuvo en base de un fondo privado, por lo cual siguió ratificando su convicción, recia de permanecer en el régimen de ahorro individual y de elegirlo constantemente, por lo cual estima Colpensiones que no se dieron o no se generaron esos los presupuestos que llevaron a la ineficacia del traslado y espera que el honorable tribunal revoque la determinación y modifique la misma en pro de la Administradora Colombiana de Colpensiones . Muchas gracias señor juez.”

EXP. 26 2021 00425 01

Ricardo Guerra Mantilla contra Colpensiones y otro.

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 33³ años de edad y había cotizado 311,29⁴ 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 4 años, 8 meses y 26 días⁵), y para

³ Nació el 23 de diciembre de 1961, folio 5 del archivo 01, primera instancia.

⁴ Ver historia laboral expedida para bono pensional del Ministerio de Hacienda, página 79 a 83 archivo 13 del expediente digital, primera instancia.

⁵ *Ibidem*.

EXP. 26 2021 00425 01

Ricardo Guerra Mantilla contra Colpensiones y otro.

la fecha de presentación de la demanda, se encontraba a menos de 10 años de adquirir la edad para acceder al derecho pensional (tenía 59 años de edad -ver folio 5 del archivo 01 y el archivo 10 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).

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. 26 2021 00425 01
Ricardo Guerra Mantilla 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 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) –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. 26 2021 00425 01
Ricardo Guerra Mantilla 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 HORIZONTE 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, el traslado obedeció a una decisión unilateral de la empresa para la cual trabaja quien solo le informo que serían trasladados al fondo privado, sin existir ninguna asesoría acerca del funcionamiento del RAIS (Audiencia del 25 de mayo de 2023, récord 15:19, archivo 19 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,*

EXP. 26 2021 00425 01
Ricardo Guerra Mantilla contra Colpensiones y otro.

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 PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo rendimientos, gastos de administración y primas de 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 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.

Se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a PORVENIR, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida

EXP. 26 2021 00425 01
Ricardo Guerra Mantilla contra Colpensiones y otro.

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 con PORVENIR (ver contestación folios 2 a 28 del archivo No. 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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 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 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 la AFP PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

EXP. 26 2021 00425 01
Ricardo Guerra Mantilla contra 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

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle 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 WILLIAM CÁRDENAS OVALLE CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 el demandante y COLFONDOS S.A., contra la sentencia dictada el 9 de febrero del 2023 por la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a COLFONDOS a reconocer y pagar al demandante perjuicios derivados del *incumplimiento del deber de información* al momento del traslado del RPM al RAIS.

Téngase a la doctora JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA, identificada con T.P. 199.923, como apoderada de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en los términos y para los fines del poder conferido (ver archivo 010 del expediente digital, trámite de segunda instancia).

ANTECEDENTES

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

Por medio de apoderado, WILLIAM CÁRDENAS OVALLE presentó demanda contra la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, 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 ineficacia de su vinculación al régimen de ahorro individual mediante afiliación a COLFONDOS, por carecer de validez, debido a que esa administradora de fondos de pensiones y PROTECCIÓN S.A. no lo asesoraron conforme a la ley para escoger el régimen pensional y tomar una decisión informada *de la mejor opción para pensionarse*. En consecuencia, pide que se declare válida su voluntad de estar afiliado a COLPENSIONES, se ordene a COLFONDOS trasladar los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados al RPM, a PROTECCIÓN a trasladar al RPM los gastos de administración y primas de seguros descontados de los aportes realizados, y a COLPENSIONES recibir el traslado de régimen como *régimen de transición*, junto con los dineros provenientes de COLFONDOS y PROTECCIÓN. Adicionalmente, pide que se condene a COLFONDOS pagar por concepto de indemnización, la diferencia entre la mesada ya reconocida en el régimen de ahorro individual y la mesada que debe ser reconocida en el régimen de prima media, desde la fecha en que se adquirió su estatus de pensionado y hasta que se haga efectivo el traslado.

Como sustento de las pretensiones, afirma que nació el 10 de octubre de 1955, cotizó al régimen de prima media con prestación definida a través de una Caja de Previsión y al régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS, el traslado de régimen pensional ocurrió en el mes de enero de 1995 cuando contaba con 40 años de edad porque un promotor de dicha entidad en una charla colectiva en el lugar de trabajo le informó que esa administradora era la más estable y su mesada pensional sería mucho mejor a la que le reconocería el RPM. Asegura que la información que recibió de la AFP fue *escaza, confusa, no veraz, no oportuna, ni confiable*, y no le permitió

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

escoger en ese momento su mejor opción, razón por la que considera se omitió por la administradora del RAIS el deber de asesorarlo en debida forma. Sostiene que lleva más 15 años afiliado al Régimen de Ahorro Individual y durante ese tiempo no ha recibido información clara, oportuna y real, tampoco se le advirtió del término para trasladarse de régimen. Asevera que el 17 de septiembre de 2019, cuando cumplió 63 años de edad, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez en virtud de lo cual COLFONDOS entregó una *serie de formatos* que diligenció y firmó, entre ellos un contrato de administración de mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado, un formato *pre impreso* donde se da autorización para cotización y compra de posible *pensión con la modalidad de renta vitalicia*, y la aceptación de riesgos de recalcu en la modalidad de retiro programado, sin saber por qué ni para qué. Indica que mediante comunicado del 3 de octubre de 2019 se enteró de que su mesada pensional sería \$2.100.000 y que a la fecha de presentación de la demanda ostenta el estatus de pensionado. Anota que la mesada que recibiría en COLPENSIONES sería de \$4.057.51.- Manifiesta que solicitó el traslado a COLPENSIONES y le fue negado por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse (ver demanda y su subsanación archivos 02 y 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que la afiliación del demandante a COLFONDOS cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe las normas, aunado a que no se probó causal de nulidad alguna, por lo que no es posible su regreso automático al RPM. Asegura que el demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo que demuestra que su afiliación a COLFONDOS fue consciente y que la elección se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones. Advierte que no nos encontramos frente a una persona que ostente la calidad de afiliado sino de pensionado, elemento

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

que *cambia el orden sobre el cual versa el asunto*, ya que el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 restringe la posibilidad de efectuar un cambio de régimen cuando el derecho se ha causado, además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-373 de 2021 estableció la imposibilidad de retrotraer una condición cuando el derecho se ha causado. Menciona que no puede *trasladarse* un contrato de vinculación solo por el hecho de advertir posteriormente inconformidades con las normas y lineamientos propios del régimen de ahorro individual. En su defensa propuso las excepciones que denominó: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público*, buena fe y la genérica. (ver contestación folios 2 a 20 del archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., también se resistió a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. A su juicio, la afiliación al RAIS es plenamente válida y eficaz y no existe justificación legal para que declare la nulidad de dicho acto. Afirma que la vinculación a ese fondo de pensiones estuvo precedida de una asesoría clara, completa y comprensible conforme a la normatividad y exigencias para la época, lo que se prueba con el formulario de afiliación, acto válido y emanado de la voluntad del afiliado del cual surgieron obligaciones para ambas partes que no puede ser desvirtuado por *afirmaciones indeterminadas* del demandante. Asegura que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión, por lo que no puede regresar al RPM. Refiere que un error de derecho no vicia el consentimiento y que en caso de existir alguna nulidad la acción se encuentra prescrita. Por otra parte, con relación a la condena en perjuicios, aduce que el demandante no indica ni prueba los elementos requeridos para derivar una responsabilidad en cabeza de esa administradora de pensiones, y precisa que, para atribuir responsabilidad, quien pretenda o demande un

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

derecho a la reparación de un daño está obligado a probar el hecho intencional o culposos de la demandada y la relación de causalidad de esa conducta con el perjuicio; como no existe esa relación causal no hay daño que reparar –anota-. Señala que los perjuicios deben ser ciertos, no hipotéticos o eventuales y, en el presente caso, no existe certeza respecto del perjuicio supuestamente sufrido, sumado a que para que prospere la indemnización de perjuicios que se propugna se debieron tasar los mismos conforme el artículo 206 del C.G.P. que exige una estimación razonada bajo juramento. Formuló como excepciones de fondo las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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 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, traslado de aportes y la genérica* (ver contestación folios 3 a 31 del archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte COLFONDOS S.A. se opuso a las peticiones de la demanda. Afirma que la información que se le brindó al demandante fue suficiente, completa y veraz, sin omitir la verdad, pues se le puso de presente al momento de la afiliación que el valor real de su pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a ella y fuera solicitada a esa AFP; además, -dice- la asesoría incluyó las características del RAIS, el funcionamiento de dicho régimen, las diferencias con el RPM y las ventajas y desventajas de ambos regímenes. Sostiene que, en razón al principio de favorabilidad, el demandante solicitó el reconocimiento pensional ante esa administradora, y por ello le fue otorgada la pensión de vejez desde octubre de 2019 bajo la modalidad de retiro programado, en cuantía inicial de \$2.100.000, reconocimiento que estuvo precedido de una asesoría por parte de esa entidad que le permitió tomar la decisión más razonable frente a su

EXP. 31 2021 00568 01

William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

derecho y beneficiarse de las características propias del RAIS. Advierte que, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de pensionados no es posible *volver las cosas a su estado anterior* como consecuencia de una ineficacia, ya que ello implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la pensión. En ese sentido, existe una situación jurídica consolidada que no es posible revertir y que le impide al demandante retornar al régimen de prima media. Frente a la indemnización de perjuicios, refiere que el demandante no acreditó ninguno de los requisitos para su precedencia, esto es, que exista un *incumplimiento culpable de la obligación, que no se pueda obtener el cumplimiento de forma específica, que se hayan producido daños o perjuicios (...) lo que no se obtiene con motivo del incumplimiento, y que exista nexo causal*. Así, no basta con que la persona solicite el resarcimiento de perjuicios para que le sean concedidos sino que debe probar que estos se produjeron y, sobre todo, que los elementos que constituyen este tipo de responsabilidades se configuren. Asegura que, en este caso, la decisión de trasladarse al RAIS es únicamente imputable al demandante y ello no deriva en ningún perjuicio pues no perdió su derecho a obtener una pensión en el RAIS. Apunta que las pensiones de invalidez, vejez y muerte, y la indemnización de perjuicios, son *disyuntivas jurídicamente*, pues las primeras se rigen por la Ley 100 de 1993 y tienen por objeto proteger a la población frente a esas contingencias, y la segunda tiene *carácter eminentemente reparador* y se rige por lo dispuesto en normas de carácter civil. Aunado a lo anterior el demandante es etéreo en la formulación de su petición pues se limita a decir que el traslado le ocasionó un perjuicio, pero no manifiesta en qué consistió el daño causado y por ende tampoco aporta ninguna prueba al respecto, sumado a que *nadie puede pretender un perjuicio cuando sus actos – decisión de trasladarse de régimen – fueron la causa eficiente del supuesto de hecho generador del perjuicio*. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, *ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ratificación de la afiliación de la actora (sic) al fondo de pensiones*

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, nadie puede ir en contra de sus propios actos, inviabilidad del traslado de régimen pensional, situación pensional consolidada – reconocimiento pensional, compensación y pago, falta de jurisdicción, inexistencia de prueba de existencia de perjuicios e inexistencia la obligación de reconocimiento de perjuicios; prescripción de la acción para solicitar el reconocimiento de perjuicios y la genérica (ver contestación folio 2 a 44 archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS presentó demanda de reconvencción contra el demandante. Pide que en caso de declararse la ineficacia se ordene al actor reintegrar las sumas de dinero que haya cancelado a su favor por concepto de mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado, desde octubre de 2019 hasta la ejecutoria de la sentencia, debidamente indexadas (folios 168 a 171, ibidem).

Por auto del 19 de abril de 2022, la juez *a quo* admitió la demanda de reconvencción y vinculó al trámite al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Como venció en silencio el término de traslado de la demanda de reconvencción otorgado al demandante, mediante proveído del 3 de junio de 2022 el Juzgado la tuvo por no contestada (archivo 24 ibídem).

Enterado de la demanda el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones que estuvieran dirigidas contra esa cartera ministerial, pues por disposición del Decreto 4712 de 2008, modificado por el Decreto 192 de 2015, la oficina de bonos pensionales responde únicamente por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

formulen las administradoras del sistema general de pensiones. Además, desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado del demandante del RPM al RAIS y por consiguiente las asesorías realizadas por las AFP. Informa que el 18 de mayo de 2018 COLFONDOS solicitó la emisión y redención del bono pensional tipo A modalidad 2, en calidad de representante del demandante, petición que fue atendida por esa oficina mediante Resolución 19817 del 23 de mayo de 2019 y, actualmente, no tiene ningún trámite pendiente por atender. Advierte no ser posible declarar la ineficacia del traslado en el caso de los pensionados del RAIS. En su defensa propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, imposibilidad de trasladar el bono redimido a Colpensiones, reintegro del valor del bono pensional, buena fe* y la genérica (archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de febrero de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, CONDENÓ a COLFONDOS a reconocer y pagar al demandante los perjuicios derivados del incumplimiento del deber de información, que tasó en la diferencia entre el valor de la mesada pensional que le habría sido reconocida al demandante en COLPENSIONES y la otorgada por COLFONDOS, a partir del 1 de octubre de 2019, y en adelante. Para tomar su decisión, concluyó que, si bien no procede la ineficacia del traslado al ser incompatible con la condición de pensionado, si hay lugar al pago de los perjuicios por parte de COLFONDOS por no incumplir con el deber de información.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS a reconocer y pagar al demandante los perjuicios derivados del incumplimiento del deber de información, perjuicios que corresponden a la diferencia entre el valor de la mesada pensional, que le habría sido reconocida al demandante por la ADMINISTRADORA*

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la reconocida por COLFONDOS, a partir del día 01 de octubre del año 2019 en adelante, siendo entonces el valor de la mesada pensional que debería reconocerle o que le hubiera correspondido en COLPENSIONES para el año 2019 de \$4'218.683 pesos, para el año 2020, \$4'378.993 para el año 2021, \$4'449.495 para el año 2022, \$4'699.557 para el año 2023 \$5'316.139. CONDENAR a la demanda COLFONDOS a reconocer y pagar al demandante por concepto de los perjuicios generados, perjuicios materiales y rogados por el periodo comprendido entre el 01 de octubre del año 2019 al 28 de febrero del año 2023, la suma de \$ 102.136.164. CONDENAR a la demanda COLFONDOS a reajustar el valor de la mesada pensional del demandante a partir del año 2023 y en adelante, tomando como valor de mesada pensional la suma de \$5'316.139. Advirtiéndole que COLFONDOS podrá descontar del retroactivo correspondiente a esta diferencia de los perjuicios, lo correspondiente al pago de aportes en salud. CONDENAR a la demandada COLFONDOS al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor del demandante y medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de la nación, Ministerio de Hacienda y crédito público. CONDENAR al demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.” (Audiencia virtual, récord 30:36, archivo 43 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, el demandante solicita que se revoque la condena en costas que se impuso, como quiera que ni COLPENSIONES ni PROTECCIÓN solicitaron este concepto en caso de resultar vencido el demandante en

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

algunas de sus pretensiones¹ (Audiencia virtual, récord 33:42, archivo 43 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS afirma que la valoración de los perjuicios se efectuó en uso de las facultades ultra y extra petita pues no era claro lo pretendido por el demandante. Asegura que no es posible acceder al pago de perjuicios cuando no existe prueba cierta de su causación, siendo carga del demandante acreditar el daño ocasionado que pretende le sea indemnizado pues la sola afirmación de haberlo sufrido o su cuantificación en la demanda no es prueba de su existencia; además, no resulta presumible. Por ello, y como en el asunto no existe prueba del daño causado, ni del hecho generador, ni de la existencia de nexo causal, no había lugar a impartir condena por perjuicios. Sostiene que no se probó la culpa de esa administradora y por el contrario se desconocieron (i) los actos propios que realizó el afiliado con los traslados horizontales y el reconocimiento pensional, que dan cuenta de que conocía los parámetros del régimen de ahorro individual con solidaridad, (ii) el incumplimiento de las obligaciones que le incumbían como consumidor financiero, y (iii) la conducta *pasiva y negligente* del demandante que hacen imputable exclusivamente en él la culpa. Por otro lado, refiere que el daño consistiría en realidad a una pérdida de oportunidad y no un lucro cesante, aunque la Corte Suprema de Justicia parece considerar que el daño está dado por la diferencia entre el valor de la pensión establecida en el RAIS y la que hubiera obtenido en el RPM, con lo que se desconocen las diferencias que existen entre estos regímenes. Indica que el deber de información es de medio y que fue de manera oficiosa que la juez efectuó los cálculos para estimar el perjuicio² (Audiencia virtual, récord 34:13, archivo 43 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Su Señoría, presente recurso parcial frente a la decisión tomada, en lo referente a la condena de costas del demandante a favor de Colpensiones y Protección, teniendo en cuenta que las mismas demandadas en su escrito demandatorio no hicieron manifestación sobre este cobro en contra del demandante, si hubiera sido vencido en el proceso. En este particular, solicitó a la honorable sala revocar en este punto la sentencia proferida, toda vez que no cabe lugar a la condena impuesta al demandante. Muchas gracias, su Señoría”.

² “Sí, Doctora siendo esta la etapa procesal correspondiente me permitió, interponer recurso total contra la sentencia proferida por su honorable despacho, para que el honorable Tribunal

EXP. 31 2021 00568 01

William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

Sala Laboral de Bogotá revoque todas las condenas impuestas en mi representada y los sustento de la siguiente manera, se difiere totalmente el análisis realizado por la señora juez en cuanto a la teoría del daño y la relación de los perjuicios que le faculta la jurisprudencia para ellos, declararlos a vista propia se puede establecer que está realizándolos por las facultades ultra y extra petita, pues como bien quedó analizado dentro del análisis que realizó la señora juez en el presente caso tuvo que no era claro lo que se pretendía dentro del libelo demandatorio, siendo así las cosas, se puede establecer que no está llamado a prosperar ninguna de las pretensiones de la señora demandante, ni las pretensiones de la ineficacia de la afiliación ni la solicitud de perjuicio, ni mucho menos la condena que se le fue impuesta a mi representada, a reconocer los perjuicios a favor del hoy demandante, teniendo en cuenta que la misma sentencia de la Corte Suprema Justicia SLC 1689 el año 2019, señaló la sala que como Tribunal de Instancia, donde al estudiar una pretensión de perjuicios presentada por la accionante señaló que no era posible acceder a la misma en la medida que no existía prueba cierta de su causación. En esta medida resulta claro que es carga del afiliado demandante demostrar cuál fue el daño ocasionado y que pretende le sea indemnizado, puesto que la sola afirmación de haberlo sufrido, incluso proceder a cuantificarlo en su demanda no es prueba de su existencia, sin que por lo demás sea, presumible en este sentido dentro el libelo gestor demandatorio no existe ninguna prueba en que mi representada le haya causado un daño aquí al hoy demandante. Máxime que si se tiene en cuenta que no existe un nexo causal ni relación con ese, si se tiene en cuenta que es sabido que para la existencia la responsabilidad se requieren 3 elementos, a saber, indescartables que haya un daño, un hecho generador del mismo, y un nexo causal en el presente proceso no existe prueba alguna en que de presentada la haya causado daño al señor Demandante, pues entiende que el nexo causal es la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. Si bien es cierto, la señora juez estudio el perjuicio desde el punto de vista de la culpa, tampoco queda probado que mi representada haya incurrido en culpa hacia el señor demandante, pues teniendo en cuenta que no se entiende cómo él viene indilga responsabilidad alguna a mi representada que no se le dio las condiciones o la información necesaria para poder escoger el régimen pensional y para poderse pensionar, pues de ello da cuenta no solamente la ratificación que realizó su traslado primogénito, sino adicionalmente todos los actos propios que realizó el señor Demandante, esto es, no solo la afiliación que realizó con mi representada, sino también la movilidad que realizo hacia protección y posteriormente hacia Colfondos y están así que se le puede indilgar al señor demandante que conocía a todos los parámetros establecidos en el régimen de ahorro individual como quiera que este firmó todos y cada uno de los formularios que fue en requeridos para adquirir su estatus pensional dentro de Colfondos o de qué modo se puede entender que si estaba inconforme o si no entendía cómo pudo presentar todos y cada uno de los requisitos que se le solicitó para un reconocimiento de una mesada pensional también es cierto que, teniendo en cuenta todas las teorías del perjuicio, se debe tener en cuenta que si se arriman a la hipótesis y que han sido también acogidas por la sala de la Corte Suprema de Justicia sobre el deber de información del Pensionado adoptado, una conducta pasiva, pues casi desinteresada en lo que respecta a la tutela de sus propios intereses y a la consecución de la información, pues por casi 20 años desde su traslado los afiliados han guardado silencio en relación a su declaración de voluntad inicial y se han obtenido buscar por sus propios medios en la medida de su posibilidad de información que les permita comparar las alternativas que le parece uno u otro mercado al respecto, sostiene la doctrina nacional que si bien el profesional tiene la obligación de informar a su cliente, la existencia de esa prestación no impide que el cliente también debe informarse por su lado, en la medida de sus capacidades. Esta afirmación conserva su vigencia en la actualidad. Como quiera que se reconoce que uno de los límites del deber de información en la carga de la auto información de la parte interesada de la misma manera, se tiene que aterrizándolo al comportamiento que ha tenido el señor demandante, que de por sí viene endilgarle responsabilidad a mi representada ha sido algo negligente, que además incluye causalmente la producción de un daño que haya producido, haya padecido. Es claro que se configure el dominado hecho hecho o culpa de la víctima como quiera que el pensionado se abstuvo de recaudar por sus propios medios información complementaria a la que le había suministrado a la AFP, teniendo la posibilidad de hacerlo omitido, contrastar la información recibida con las demás alternativas del mercado, especialmente con las

EXP. 31 2021 00568 01

William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

condiciones del régimen. Aunque ya se encontraba vinculado, cuyas particularidades había de conocer y no leo nunca una consulta adicional al fondo de pensiones durante casi 20 años, en los cual permaneció afiliado en el RAIS, guardando absoluto silencio en relación con su traslado al RAIS y sus efectos, siendo, así las cosas, se tiene que tener una conducta pasiva y negligente. En consecuencia, es posible alegar que esa conducta es causa de los daños reclamados, pues el haber actuado con diligencia media y haber observado sus cargas de autocuidado, auto información, el afiliado habría podido tomar libremente su decisión que más le convenía, siendo así las consecuencias que se derivan de sumisión pueden ser imputable exclusivamente a él. Habrá que acreditar entonces que se trata de una causa extraña que cumple con los requisitos, aunado a lo anterior, nótese claramente que mi representada en ningún momento le ha coaccionado o le impidió el retorno al régimen de prima media, con prestación definida, al contrario, en ese sentido, el señor Demandante preferido optar por trasladarse a Colfondos y posteriormente ratificar su decisión de querer permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad trasladándose hacia la AFP protección y posteriormente hacia mí representada nuevamente. Entonces no se entiende que él se haga el respectivo estudio en el presente proceso, donde dice que hay culpa por falta de información cuando se ordena demandante no solamente tuvo una asesoría, sino tuvo 3 re- asesorías al momento de realizar sus traslados hacia los fondos privados. Las condiciones expuestas también se hacen extensivos en los que luego de trasladarse en virtud de la información supuestamente deficiente, la habilidad se abstuvo de ejercer las prerrogativas que le permitirían ingresar al régimen de prima media. Nótese claramente que la existencia del daño por juicio, pues el presunto incumplimiento del deber de información por parte de la de AFP en el en el presente caso no le causó ningún detrimento patrimonial al pensionado, en efecto, la consecuencia que se sigue el incumplimiento de información consiste en que la habilidad no decidió libremente si realmente quería trasladarse al régimen de prima media o prestación definida no obstante, este evento no genera en realidad ninguna consecuencia porque la felicidad conservada, la posibilidad de retornar al régimen de prima media en los términos del literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Prerrogativa que no le pegó generada por el incumplimiento del deber de información en la etapa precontractual y en ninguna etapa. Adicionalmente de verdad optado por regresar a Argentina media, podría recuperar el beneficio a que tuviera derecho. El daño consistiría en realidad, una pérdida de la oportunidad y no en un lucro cesante, aunque la Corte Suprema de Justicia sala laboral parece considerar que el daño está dado por la diferencia entre el valor de la pensión recibida entre el RAIS y la que hubiera obtenido en el régimen de prima media una conceptualización del daño. En ese sentido es conoce las diferencias existe entre 1 y otro régimen pensional, siendo y quedando totalmente comprendido que cada uno es diferente, tanto en su forma de reconocimiento y pago de las mesadas pensionales desde este punto de vista, puede indicarse que el señor demandante escogió a su escogió a su elección pensionarse de manera libre y voluntario bajo la modalidad de renta vitalicia por el régimen de ahorro individual con solidaridad y la facultad de elegir sus beneficiarios de pensión en caso de muerte. En consecuencia, no existe certeza sobre qué daño padecido por el pensionado, en la medida que existen otras ventajas comparativas del RAIS que no pudieron ser tenidas en cuenta por el afiliado, incluso si en el momento de su pensión resultaba ser inferior en uno u otro régimen pensional. El deber de información es solo el deber de información, es de medio, lo que significa que la AFP puede probar que actuó con diligencia de buena fe para efectos de exonerarse de la responsabilidad. Eso supone acreditar que la medida que adoptó la AFP para garantizar su consentimiento informado por parte de afiliados son las que habría tomado un profesional puesto en las mismas circunstancias que la fue demandada, en este caso de claramente que si no se le hubiera dado la información y no estuviera debidamente informado como bien lo manifestó la señora juez y que fue el hecho en el cual se basó el fallo para condenar a mi representada como hecho generador la culpa para el cual se estudió el perjuicio irrogado que claramente que si no fuera a recibir una información clara necesaria, oportuna, no solamente de que era afiliado a un fondo privado, cómo se podría entender que adquirió su derecho pensional y que, cómo se podría entender que escogió las modalidades pensionales y dentro de dentro del plenario, obra pruebas en las cuales se observa que efectivamente el señor demandante se le puso de presente. Cuáles era las modalidades y él escogió a mutuo propio sin que exista coacción alguna por parte de mi

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia que el 27 de diciembre de 1994 WILLIAM CÁRDENAS OVALLE suscribió formulario de afiliación a la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS, acto con el cual se materializó el traslado de régimen pensional del RPM administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales – ISS (hoy COLPENSIONES) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, situación que además de la aceptación de las partes, se constata de la documental que milita en a folio 49, del archivo 16 (carpeta primera instancia).

Tampoco se controvierte que mediante oficio RAD-54398-10-19 del 3 de octubre de 2019, COLFONDOS reconoció a favor del demandante pensión de vejez en la modalidad de *retiro programado*, a partir de octubre de 2019 en cuantía inicial de \$2.100.000 (folios 120 a 123, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si la demandada COLFONDOS está obligada o no a pagar los perjuicios patrimoniales que se reconocieron en la sentencia de primera instancia.

Para resolver la controversia se debe señalar, en primer lugar, que la demanda que dio inicio al proceso persigue la indemnización de perjuicios que se estiman causados por el incumplimiento de la obligación *contractual*

representada para la escogencia de su mesada pensional, siendo así las cosas claramente que cuando se va a reparar un daño. No se probó en el presente proceso que haya existido el hecho generador, el nexo causal que le permitan la la reparación del daño, máxime que este año tiene que ser probado por la parte demandante en el presente proceso se hizo, fue de manera oficiosa por la señora juez y los cálculos aquí esgrimidos por todo lo anterior, no le asiste derecho al señor demandante que se le concedan las pretensiones y le solicito muy respetuosamente a lo honorables magistrada revocar todos y cada uno de las condenas impuestas a mi representada, teniendo en cuenta las argumentaciones anteriormente expuestas, las cuales me permitiré ampliar en la etapa procesal correspondientes, muchas gracias doctora."

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

que tienen las administradoras de fondos de pensiones en el momento del traslado de régimen pensional, de brindar la información debida al afiliado sobre las condiciones y las consecuencias que acarrea el cambio de régimen pensional. Y se firma lo anterior porque dicha obligación tuvo origen en el *acto jurídico convencional* que surgió entre el Fondo de pensiones y el afiliado por su afiliación al Sistema. No sobra recordar que, para casos como el presente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha negado reiteradamente la declaración de *ineficacia* o de *inexistencia* del acto jurídico convencional de traslado pensional por estar consolidada en cabeza de los demandantes la condición de pensionados (Sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020, SL-373 de 2021³, reiterada entre otras en la SL2929-2022, SL2176-2022 y SL1082-2023).

En consecuencia, las normas que regulan la indemnización reclamada en este expediente son las previstas para el incumplimiento de obligaciones *contractuales* (artículo 1602 y siguientes del Código Civil), y no las previstas para la reparación de daños por hechos o culpas previstas en el artículo 2341 y siguientes del Código Civil⁴.

Dicho lo anterior, se debe tener presente también, para decidir asuntos como el que se estudia, que si bien el artículo 1602 del Código Civil dispone que “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (...)*”, el artículo 1616 señala, claramente, que en este tipo de responsabilidad, “*si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios*”

³ En dicha sentencia, la Corte 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: “*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).

⁴ “*ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL>. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*”.

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.

Así las cosas y dado que en este expediente se está reclamando la reparación de daños *que no se previeron o no podían preverse al tiempo del acto de afiliación*, la responsabilidad surgiría del *dolo* y no de la *culpa*; en esta última eventualidad (culpa) solo sería responsable el demandado del daño que se hubiere podido *prever* al momento de la afiliación, y no de otros⁵.

Con estos referentes normativos y jurisprudenciales, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia que condenó a COLFONDOS a pagar los perjuicios económicos reclamados, pues para el 27 de diciembre de 1994 – fecha en que se suscribió el formulario de afiliación con COLFONDOS- no era previsible para el afiliado, ni para la demandada, ni para nadie, la ocurrencia del daño que la demanda estima generado y que tasó el juzgado en la diferencia de valor entre la mesada que viene recibiendo en el RAIS y la mesada que le correspondería de haber permanecido en el RPM.

En la demanda que dio inicio al proceso no se alegó ni se demostró dolo del fondo de pensiones, situación que habilitaba el estudio de perjuicios *no previsibles*. El dolo en nuestro ordenamiento jurídico no se presume, debe ser probado por quien lo alega ocurrido (artículo 1516 Código Civil).

⁵ “(...) La norma acusada no despoja al contratante cumplido de la tutela resarcitoria en la medida que, de acuerdo con ella, todo deudor incumplido, doloso o culposo, responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque limite los daños por los que responde el no doloso a aquellos que podían preverse al momento de contratar. Esta limitación, no resultan irrazonable ni caprichosa, toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición culpabilista en que fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías y los Principios Unidroit, lo que reafirma su razonabilidad” (C.C. sentencia C-1008 de 2010).

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

Para la fecha de afiliación al RAIS, al demandante le faltaban 21 años para cumplir la edad de pensión -60 años según la disposición vigente en esa época-, y solo había cotizado 541,71 semanas al Sistema (folios 37 a 41 archivo 03 del expediente digital, trámite de primera instancia), y en el régimen pensional por el cual optó (RAIS), el valor de la mesada se tasa con variables que eran inciertas para ambas partes en el momento de la afiliación (el monto de capital ahorrado, la modalidad de pensión escogida, la composición del grupo familiar, el número de beneficiarios y las condiciones de estos, la edad del afiliado, la rentabilidad real estimada con la cual se efectúe el cálculo actuarial de la renta vitalicia o del retiro programado, entre otros).

No sobra recordar que la aceptación de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad implica, por esencia, asumir los riesgos del mercados de valores y de extra longevidad, pues el valor final de la mesada pensional depende del capital que se hubiera ahorrado, suma incierta e imprevisible para el momento del traslado en la medida en se consolida no solo con el valor de los aportes que se efectúan en la vida laboral sino también y fundamentalmente con los rendimientos que hubieran generado en el mercado de capitales los recursos de la cuenta de ahorro individual, y de situaciones personales e imprevisibles de sobrevivencia del afiliado o de sus beneficiarios más allá de las probabilidades estimadas.

En este orden de ideas, el cálculo del valor de la mesada pensional que correspondería a la demandante en el futuro, era un simple supuesto. No era posible prever cuál sería el comportamiento de su vida laboral, de sus ingresos, o el devenir económico⁶ o los resultados del manejo de los

⁶ CSJ - Sentencia del 9 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 00254.01 (*“En cabal realización de estas premisas –se puntualiza- las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o que duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada Teoría de los Actos Propios” y, por lo tanto, un acto contrario a aquellos que lo anteceden “(...) puede*

EXP. 31 2021 00568 01

William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

portafolios pensionales⁷, y por ello era imposible deducir en la fecha de afiliación al RAIS que se fuera a generar una diferencia entre mesadas pensionales, que es el daño sobre el cual se dictaron las condenas en primera instancia.

Aunque lo anterior resulta suficiente para tomar la decisión que ya se anunció –revocar la sentencia de primera instancia–, también resulta aplicable al caso que se analiza, el principio jurídico que, fundado en la buena fe de los contratantes, impide que una de las partes reclame judicialmente de la otra la derogación de las consecuencias de un acto que voluntariamente celebró⁸.

La prohibición de ir en contra del *acto propio* defiende la coherencia en las actuaciones surtidas, de forma tal que las decisiones de un sujeto no puedan contradecir lo que con sus comportamientos o declaraciones anteriores hizo creer a la contraparte⁹. Sobre la materia se ha pronunciado la Corte Constitucional para definir las condiciones de vigencia de dicho principio, a saber: “a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -

constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante”

⁷ Así lo estimó el Dr. Jorge Quiroz Alemán en el salvamento de voto a la sentencia SL 3871 de 2021.

⁸ CSJ - Sentencia del 9 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 00254.01 (“En cabal realización de estas premisas –se puntualiza- las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o que duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada Teoría de los Actos Propios” y, por lo tanto, un acto contrario a aquellos que lo anteceden “(...) puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante”

⁹ CSJ - Sentencia del 9 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 00254.01 (“En cabal realización de estas premisas –se puntualiza- las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o que duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada Teoría de los Actos Propios” y, por lo tanto, un acto contrario a aquellos que lo anteceden “(...) puede

EXP. 31 2021 00568 01

William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas” (Sentencia T-295 de 1999¹⁰).

Tales condiciones ocurren en el caso se analiza, si se tiene en cuenta que la afiliada voluntariamente solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez ante la AFP, para lo cual fue necesaria la elección de una modalidad pensional, otorgar información sobre sus beneficiarios, y la suscripción del *contrato de administración de mesadas pensionales* con COLFONDOS (folios 18 a 23, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia), actos jurídicos que generaron confianza en la administradora de pensiones y que por ello no pueden ser desconocidos ahora por la demandante, so pretexto de que no se cumplieron unas expectativas económicas que resultaban imprevisibles, como se dijo.

constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante”

¹⁰ “El respeto del acto propio requiere entonces de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz

Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.

La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibles por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.

c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior.”

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.

En nuestro Sistema General de Pensiones no es posible definir, en el momento del reconocimiento pensional, el régimen que resulta más favorable a los intereses del afiliado, menos aun si con ello se desconocen las consecuencias que generaron los *actos propios*, expresos e inequívocos, que dieron lugar al reconocimiento pensional.

Por todo lo dicho, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia y absolverá a las demandadas de las pretensiones incoadas.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocarán y correrán a cargo del 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

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **ABSOLVER** a las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS y PROTECCIÓN de todas las pretensiones incoadas en su contra.
3. **COSTAS** en primera instancia a cargo de la parte demandante.
4. **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

EXP. 31 2021 00568 01
William Cárdenas Ovalle contra Colpensiones y otros.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado .


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada
Salvo voto y Aclaro voto

EXP. 31 2022 00102 01

Ángela María Barrera Robledo contra Colfondos y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ÁNGELA MARÍA BARRERA ROBLEDO
CONTRA LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A - COLFONDOS S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia dictada el 6 de febrero del 2023 por la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se **CONDENÓ** a COLFONDOS a pagar a la demandante perjuicios derivados del *incumplimiento del deber de información* al momento del traslado del RPM al RAIS.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ÁNGELA MARÍA BARRERA ROBLEDO presentó demanda, la cual fue objeto de reforma, contra la COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A - COLFONDOS S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que COLFONDOS S.A. es responsable patrimonialmente de los perjuicios materiales y morales causados por el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado mediante la afiliación a esa AFP en febrero de 1999, por haber incumplido su deber de brindar información adecuada, lo que la llevó como pensionada a percibir una mesada inferior a la que le hubiere correspondido en el régimen

EXP. 31 2022 00102 01

Ángela María Barrera Robledo contra Colfondos y otros.

de prima media con prestación definida en régimen de transición, lo que le ha causado *gran sufrimiento y tristeza*. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a la reparación integral de los perjuicios como lo establece el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación *de cada acreencia laboral*. En subsidio pide que se reajuste su pensión a la que correspondería en el RPM con régimen de transición, a partir del 1 de noviembre de 2016.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que nació el 2 de agosto de 1957, el 12 de diciembre de 2018 COLFONDOS le otorgó la garantía de pensión mínima de vejez en la modalidad de retiro programado, con efectos a partir del 1 de noviembre de 2016. Cotizó 1732,71 semanas al Sistema Integral de Seguridad Social y para el 1 de julio de 1995 tenía más de 37 años y 758 semanas cotizadas. Indica que en febrero de 1999 fue trasladada al régimen de ahorro individual *sin recibir asesoría* verbal o escrita por parte de COLFONDOS, entidad que no le informó que era beneficiaria del régimen de transición, por lo que no era *aconsejable, ni conveniente, ni beneficioso* que se trasladara al RAIS pues perdería los beneficios de ese régimen de transición, se limitó a indicarle que el ISS y todas las administradoras del RPM *se iban a acabar y liquidar* y que sus dineros se iban a perder sino se *cambiaba de inmediato*, le dijeron iba a tener mejores beneficios económicos por la *seguridad de poder pensionarse anticipadamente o a cualquier edad y que la cuantía de la pensión sería muy superior*. Asevera que *jamás plasmó por escrito* su voluntad de afiliarse al RAIS pues no existe formulario de afiliación. Refiere que luego de que la demandada le notificara el reconocimiento de la prestación *quedó desconcertada, sorprendida y muy angustiada, sintió que perdió todos sus esfuerzos de tantos años de trabajo y, además, porque tendría que terminar su vida trabajando para poder subsistir, pese a haberlo hecho por tantos años. No pudo dimensionar y vislumbrar los perjuicios económicos y morales que sufrió al ser trasladada*, ya que la cuantía de su pensión en el régimen de prima media hubiera sido muy superior (\$1.917.435 para el 2016); además en el RPM se habría

pensionado desde el 2012 a la edad de 55 años. (ver demanda archivos 04, 13 y reforma archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda, COLFONDOS S.A. la contestó a través de apoderado judicial. Aceptó únicamente los hechos relativos al reconocimiento pensional, los demás los negó. Se opuso al éxito de las pretensiones por cuanto -dice- es un hecho notorio que la demandante se encuentra válidamente afiliada a esa administradora y que, para la fecha de afiliación, no era beneficiaria del régimen de transición. Además, actualmente ostenta el estatus de pensionada pues se le reconoció desde el mes de noviembre de 2016 la prestación con una mesada de \$781.242. Asegura que no es responsable de los perjuicios reclamados pues brindó asesoría integral y completa sobre el régimen general de pensiones, por lo que la demandante tomó una decisión consiente e informada y por ello suscribió el formulario de afiliación, de manera tal que ahora no puede aducir válidamente que no tenía conocimiento sobre el régimen al que se vinculaba. Señala que en la asesoría brindada al momento de solicitar la pensión, a la demandante se le informaron las diferentes modalidades de pensión y se le proyectó la mesada pensional que le correspondía, y en aceptación de tales condiciones suscribió los documentos pertinentes y recibe pensión de vejez bajo una Garantía de Pensión Mínima. Sostiene que las actuaciones del fondo se ciñeron a la Ley por lo que no se le puede imputar ningún tipo de perjuicio material o moral, menos aún cuando no se acreditan los elementos que constituyen la responsabilidad en la medida en que fue la demandante quien decidió de manera libre, voluntaria e informada afiliarse al RAIS, y como ratificación de tal hecho solicitó la pensión de vejez y realizó los trámites tendientes a obtener el bono pensional, actos jurídicos que gozan de legalidad y que desvirtúan la existencia de un daño, el cual, de configurarse, le sería imputable a la demandante. Refiere que no hay lugar a los intereses moratorios porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal, además, *son una pretensión impropia solicitada* porque no hay sustento jurídico para que se aplique tal figura frente a perjuicios. En su defensa formuló como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación, falta de*

EXP. 31 2022 00102 01

Ángela María Barrera Robledo contra Colfondos y otros.

legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por el traslado, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, inexistencia de perjuicios e inexistencia de prueba de perjuicios, cosa juzgada y la genérica. (Ver contestaciones folios 5 a 54 del archivo 22 y archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de febrero de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, CONDENÓ a COLFONDOS a reconocer y pagar a la demandante los perjuicios derivados del incumplimiento del deber de información, que tasó en la diferencia entre el valor de la mesada pensional que le habría sido reconocida a la demandante en COLPENSIONES y la otorgada por COLFONDOS, a partir del 10 de diciembre de 2017, y en adelante. Para tomar su decisión, concluyó que había lugar al pago de los perjuicios por parte de COLFONDOS por no incumplir con el deber de información.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a reconocer y pagar a la demandante ÁNGELA MARÍA BARRERA ROBLEDRO los perjuicios generados por el incumplimiento del deber de información en el momento de traslado de régimen de la demandante. Estos perjuicios materiales causados, tasados por el periodo comprendido entre el 10 de diciembre del año 2017 y el 28 de febrero del año 2023, equivalen a la suma de \$74.018.754. CONDENAR a la demandada COLFONDOS a reconocer y pagar a la demandante a partir del día 1 de marzo del año 2023, un valor de mesada pensional equivalente a \$2.658.974 esto mientras la demandante esté viva, mesada pensional que deberá ser debidamente indexada. Igualmente, en el evento que se genera una pensión de sobrevivientes, también deberá respetarse el valor de dicha mesada pensionada. CONDENAR: a la demandada al pago de estos \$74.018.754 peso debidamente indexados al momento en que se realice el pago total de*

EXP. 31 2022 00102 01

Ángela María Barrera Robledo contra Colfondos y otros.

la obligación. CONDENAR a la parte demandada al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente” (Audiencia virtual, récord 57:05, archivo 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso de la demandante, solicita el pago de intereses moratorios pues solicitó la pensión de vejez en noviembre de 2016 y solo hasta el año 2018 le fue reconocida la prestación¹ (Audiencia virtual, récord 1:03:00, archivo 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLFONDOS, pide que se revoquen las condenas impuestas. Aduce que el actuar omisivo de la demandante incidió en el daño y el nexo causal que alega ocurridos, entre otras razones porque pudo haber solicitado el traslado al RPM oportunamente o iniciar un proceso judicial o administrativo reclamando el beneficio del régimen de transición, pero no lo hizo. Asegura que atribuir el daño porque a la diferencia pensional con el RPM es desconocer las diferencias legales que existen entre los regímenes. Advierte que para la época del traslado no existía disposición legal que impusiera documentar el traslado o realizar una explicación comparativa de mesadas en RPM y el RAIS² (Audiencia virtual, récord 1:03:43, archivo 32 del expediente digital, trámite de primera instancia)

¹ “Sí, señora Juez, voy a interponer, conforme con la mayoría del fallo, voy a interponer recurso en relación con los intereses moratorios del periodo del año 2016, 17 y 8, ya que mi poderdante presentó la solicitud de pensión de vejez ante Colfondos en noviembre del 2016 y solo se la reconocieron en diciembre del 2018, prácticamente 2 años después cuando en realidad el fondo tenía cuatro meses para decidir y esta solicitud, entonces pido intereses moratorios por este periodo, entonces interpongo recurso de reposición de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que revoque la sentencia en este punto. Muchísimas gracias, señora juez”.

² “Señora Juez, Gracias. Colfondos interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia para que sea revocada por la sala laboral del tribunal superior de Bogotá con base en los siguiente: si bien es cierto, señora juez, en gran medida comparto el fallo de instancia atendiendo los compromisos de como apoderado de Colfondos me compete procedo a solicitar la revocatoria integra de la sentencia de instancia en consideración a lo siguiente: indica la señora juez en este caso, evidentemente existe tanto un hecho generador de un daño como está la acreditación del daño generado por la omisión de Colfondos con el nexo de causalidad, entre el hecho que se imputa como causación del daño y el perjuicio

totalmente determinado sobre tal punto, teniendo en cuenta lo que se escucha en los alegatos de conclusión considera Colfondos que frente a lo que llamamos nexo causal y el daño propiamente dicho debemos considerar que existen circunstancias en las que podríamos indicar que la actuación o el actuar omisivo en este caso de la demandante incidieron en la causación de dicho daño, y por ende, tuvieron una incidencia directa en el nexo de causalidad entre el hecho atribuido a Colfondos y el daño que, en este caso, considera el despacho susceptible de ser reparado, lo anterior, teniendo en cuenta que si bien, a juicio del despacho, está totalmente acreditado el incumplimiento del deber información y otras obligaciones por parte Colfondos en el momento preciso en que se realizó el traslado régimen pensional de la demandante porque era Colfondos que en gracia de discusión diésemos, por cierto, dicha situación que Colfondos en forma alguna, informó o asesoró debidamente a la afiliada sobre las circunstancias y condiciones de traslado, régimen pensional y sus condiciones de vinculación a Colfondos, dicha situación, por sí misma no generó un perjuicio y no genera un perjuicio porque cuando la demandante permaneció afiliada Colfondos con el paso del tiempo ella hubiese podido realizar su retorno al régimen de prima media como incluso las 2 testigos, las 2 primeras testigos que se presentaron en este proceso manifestaron haberlo realizado y esa situación guarda importancia, a juicio de Colfondos porque uno de los reproches principales que se le atribuye a Colfondos en este caso, a diferencia de lo que sucede en casos de similar naturaleza, el perjuicio es mayor porque a la demandante se le generó la pérdida del régimen de transición con su traslado de régimen pensional lo que cuestiona Colfondos de por qué razón las otras 2 testigos manifestaron que al conocer la existencia de una ley o de una posibilidad legal para retornar al régimen de prima media, esta sí lo realizaron a tal punto que hoy en día están pensionados por Colpensiones y la demandante no lo realizó a pesar de estar debidamente informada por parte de sus compañeras de trabajo, de las personas que se presentaron como testigos, de la existencia de dicha posibilidad y cuando la demandante en el interrogatorio de parte, se le pregunta que si ya ha realizado algún trámite administrativo judicial anterior Colfondos o ante Colpensiones reclamando la existencia de dicha situación el beneficio del régimen de transición y la posibilidad incluso de haberse trasladado nuevamente al régimen de prima media en cualquier momento, sin atención a ninguna situación diferente, ella indica que no que no se ha adelantado ninguna reclamación y de haberse adelantado alguna reclamación administrativa y judicial oportunamente hubiese incluso evitado que la demandante hubiese tenido que posteriormente no sólo aceptar el reconocimiento personal por parte de Colfondos, sino incluso acudir a la jurisdicción en 2 ocasiones tanto en el proceso que cursó en su momento en el juzgado quinto de Medellín, en el cual se pretendió la ineficacia del traslado de régimen pensional como el proceso que conoce este despacho hoy en día, donde se pretende el reconocimiento de unos perjuicios por la misión el deber de información por parte de Colfondos, esa situación, perdón a juicio de Colfondos de ser necesaria hacer considerada porque si bien es cierto en primera medida, se le puede atribuir a Colfondos el incumplimiento del deber de información y, como lo indicó la señora juez, evidentemente dicha situación genera un perjuicio y existe una causalidad entre el perjuicio causado como entre la omisión, el incumplimiento atribuido a Colfondos lo cierto es que la actuación negligente de la demandante hizo más gravoso dicho perjuicio que la demandante reitero finamente y acuerdo a lo que se está demostrando en este proceso es que en el año 2009, más o menos como lo indicaron los testigos, la demandante conocía la posibilidad de retornar de régimen de prima media, hubiese adelantado las acciones administrativas y judiciales correspondientes el resultado sido totalmente diferente. Adicionalmente, considera Colfondos que debe tenerse en cuenta que establecer que el daño precisamente que se le atribuye a Colfondos es haberle restringido a la demandante la posibilidad de haberse pensionado en las mismas condiciones que hubiese podido estar en el régimen de prima media con una mejor pensión, incluso en las condiciones de beneficiar al régimen de transición como lo indica la señora juez en el fallo de instancia sería tanto como desconocer que existen diferencias entre uno u otro régimen pensional entrar a establecer que el único daño o la única inconformidad que tiene un afiliado frente a su afiliación o permanencia en uno u otro régimen pensional es el valor de la mesada pensional, no tendría ningún sentido, en la medida en que los regímenes pensionales que existen en Colombia tanto de prima media como régimen de ahorro individual tienen una naturaleza diferente, unas características diferentes y esencialmente

EXP. 31 2022 00102 01

Ángela María Barrera Robledo contra Colfondos y otros.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia que el 21 de enero de 1999, la demandante se afilió a la administradora de fondos de pensiones

son sistemas de reconocimiento pensional diferentes uno es un régimen de capitalización otro es un régimen de reparto y en esa medida pretender con este tipo de demanda y con la condena que realizar la señora juez equilibrar e igualar los 2 regímenes pensionales considera Colfondos no resulta aceptable y por demás, porque si reiterar Colfondos es en algún momento, la demandante consideró que su afiliación a Colfondos no lo era beneficiosa no le era ventajosa, ella bien podía, en los términos de movilidad que dispone la Ley 100 del 93 y posteriormente con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, haber realizado el traslado administrativo de régimen pensional para verse nuevamente afiliado y posteriormente pensionado por el régimen de prima media administrador, por Colpensiones, de forma que el único perjuicio atribuido a Colfondos con relación a la omisión del deber de información no puede traer como consecuencia directa en la imposibilidad que tuvo la afiliada, en este caso la demandante posteriormente a realizar un traslado administrativo con destino a régimen de prima media por demás, también tener en cuenta que si bien es cierto el despacho considera que está acreditado que existían incumplimiento por parte de Colfondos en cuanto a sus obligaciones legales porque era Colfondos que para el año 99, cuando la demandante realizó su traslado régimen pensional no existía disposición legal alguno que ordenará la administradora de pensiones ni a documentar el traslado y mucho menos a realizar un escenario de comparación entre características de uno u otro régimen pensional de forma que pretender que en este proceso Colfondos se hubiera llegado a una prueba documental de qué en qué circunstancias se realizó dicho traslado resultaría totalmente imposible y como se pudo notar en el interrogatorio de parte con fines de confesión que solicitó Colfondos evidentemente, las demandantes lo único que hace es reiterar o ratificar lo que ya te ha venido indicando en el escrito de demanda es que no hubo ningún tipo de información o asesoría por parte de Colfondos, situación que igual fue corroborada por el dicho de las testigos que en circunstancias similares a la de la demandante, manifestaron que no hubo ningún tipo de información o asesoría por parte de Colfondos y frente a dicha situación, señora juez, señor magistrado Colfondos no tiene ningún medio de prueba diferente para entrar a controvertir en dicho tanto de la demandante y si se analizará el contexto normativo de la época, únicamente imponía la obligación a la administradora de pensiones de edad, información general sobre las condiciones de vinculación y de trasladado la conclusión, es que no se cumplió con el deber de información y frente a ese punto, específicamente, las testigos fueron claras en indicar que sí se dio información con relación frente a la existencia de una cuenta de ahorro individual frente a la generación de rendimientos financieros en dicha cuenta de ahorro individual, frente a la posibilidad de adquirir una mejor pensión que en el régimen de prima media, la posibilidad de una pensión anticipada e incluso una de las testigos, mencionó que lo que más le pareció atractivo, de la propuesta comercial de Colfondos, que la posibilidad de sustituir la pensión al beneficiario que ellos consideran y si bien, es cierto, un estricto sentido no es una característica del RAIS sí es cierto que en el régimen de ahorro individual, ante el fallecimiento del afiliado, eventualmente los saldos de la cuenta personal pueden ser trasladados a los herederos de dicho afiliado, situación que no se presenta en el régimen de prima media, de forma que de forma genérica, si hubo una información y asesoría por parte de fondo sobre las condiciones de vinculación en este caso la demandante al régimen de ahorro individual, situación por demás suficiente para que su hubiera tenido por cumplido el deber de información y eso fue la que en su momento se le imponía pero por esta razón señora juez y reservándome la facultad de hacer una ampliación frente a los argumentos de la inconformidad que se le reposa a la sentencia de instancia ante la sala laboral del Tribunal, ruego está COLFONDOS solicita revocar integralmente la sentencia de instancia y en su lugar, absolver las condenas impuestas muchas gracias".

EXP. 31 2022 00102 01

Ángela María Barrera Robledo contra Colfondos y otros.

COLFONDOS, acto con el cual se materializó el traslado de régimen pensional del RPM administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales – ISS (hoy COLPENSIONES) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, situación que además de la aceptación de las partes, se constata de la documental que milita en a folio 46 del archivo 4 (carpeta primera instancia).

Tampoco se controvierte que mediante oficio BP-R-I-L 37015-12-18 del 12 de diciembre de 2018, COLFONDOS reconoció a favor de la demandante garantía de pensión mínima de vejez en la modalidad de *retiro programado*, a partir del 1 de noviembre de 2016 (folios 36 a 39 ibídem y archivo 31).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si la demandada COLFONDOS está obligada o no a pagar los perjuicios patrimoniales que se reconocieron en la sentencia de primera instancia.

Para resolver la controversia se debe señalar, en primer lugar, que la demanda que dio inicio al proceso persigue la indemnización de perjuicios que se estiman causados por el incumplimiento de la obligación *contractual* que tienen las administradoras de fondos de pensiones en el momento del traslado de régimen pensional, de brindar la información debida al afiliado sobre las condiciones y las consecuencias que acarrea el cambio de régimen pensional. Y se afirma lo anterior porque dicha obligación tuvo origen en el *acto jurídico convencional* que surgió entre el Fondo de pensiones y la afiliada por su vinculación al Sistema. No sobra recordar que, para casos como el presente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha negado reiteradamente la declaración de *ineficacia* o de *inexistencia* del acto jurídico convencional de traslado pensional, por estar consolidada en cabeza de los demandantes la condición de pensionados (Sentencias STL3382-2020,

EXP. 31 2022 00102 01

Ángela María Barrera Robledo contra Colfondos y otros.

STL1452-2020 y STL3187-2020, SL-373 de 2021³, reiterada entre otras en la SL2929-2022, SL2176-2022 y SL1082-2023).

En consecuencia, las normas que regulan la indemnización reclamada en este expediente son las previstas para el incumplimiento de obligaciones *contractuales* (artículo 1602 y siguientes del Código Civil), y no las previstas para la reparación de daños por hechos o culpas previstas en el artículo 2341 y siguientes del Código Civil⁴.

Dicho lo anterior, se debe tener presente también, para decidir asuntos como el que se estudia, que si bien el artículo 1602 del Código Civil dispone que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (...)”*, el artículo 1616 señala, claramente, que en este tipo de responsabilidad, *“si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”*.

Así las cosas y dado que en este expediente se está reclamando la reparación de unos daños *que no se previeron o no podían preverse al tiempo del acto de afiliación*, la responsabilidad surgiría del *dolo* y no de la *culpa*. En esta última eventualidad (culpa) el demandado solo sería

³ En dicha sentencia, la Corte 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: *“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).

⁴ *“ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL>. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*.

responsable del daño que se hubiere podido *prever* en el momento de la afiliación, y no de otros⁵.

Con estos referentes normativos y jurisprudenciales, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia que condenó a COLFONDOS a pagar los perjuicios económicos reclamados en la demanda, pues para el 21 de enero de 1999 –fecha en que la demandante se afilió a COLFONDOS- no era previsible para la afiliada, ni para la demandada, ni para nadie, la ocurrencia del daño que la demanda estima generado y que tasó el juzgado en la diferencia de valor entre la mesada que viene recibiendo en el RAIS y la mesada que le correspondería de haber permanecido en el RPM.

En la demanda que dio inicio al proceso no se alegó ni se demostró dolo del fondo de pensiones, situación que habilitaría el estudio de perjuicios *no previsibles*. El dolo en nuestro ordenamiento jurídico no se presume, debe ser probado por quien lo alega ocurrido (artículo 1516 Código Civil).

Para la fecha de afiliación al RAIS, a la demandante le faltaban 14 años para cumplir la edad de pensión -55 años según la disposición vigente en esa época- y había cotizado 693,29 semanas al Sistema (folios 47 a 50 archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia), y en el régimen pensional por el cual optó (RAIS), el valor de la mesada inicial se tasa con variables que eran inciertas para ambas partes en el momento de la afiliación (el monto de capital ahorrado, la modalidad de pensión escogida, la composición del grupo familiar, el número de beneficiarios y las condiciones de estos, la edad del afiliado, la rentabilidad real estimada con la cual se

⁵ “(...) La norma acusada no despoja al contratante cumplido de la tutela resarcitoria en la medida que, de acuerdo con ella, todo deudor incumplido, doloso o culposo, responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque limite los daños por los que responde el no doloso a aquellos que podían preverse al momento de contratar. Esta limitación, no resultan irrazonable ni caprichosa, toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición culpabilista en que fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías y los Principios Unidroit, lo que reafirma su razonabilidad” (C.C. sentencia C-1008 de 2010).

EXP. 31 2022 00102 01

Ángela María Barrera Robledo contra Colfondos y otros.

efectúe el cálculo actuarial de la renta vitalicia o del retiro programado, entre otros).

No sobra recordar que la aceptación de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad implica, por esencia, asumir los riesgos del mercados de valores y de extra longevidad, pues el valor final de la mesada pensional depende del capital que se hubiera ahorrado, suma incierta e imprevisible para el momento del traslado en la medida en se consolida no solo del valor de los aportes que se hubieran efectuado en la vida laboral sino también y fundamentalmente de los rendimientos que hubieran generado en el mercado de capitales los recursos de la cuenta de ahorro individual, y de situaciones personales e imprevisibles de sobrevivencia del afiliado o de sus beneficiarios más allá de las probabilidades estimadas.

En este orden de ideas, el cálculo del valor de la mesada pensional que correspondería a la demandante en el futuro, era un simple supuesto. No era posible prever cuál sería el comportamiento de su vida laboral, de sus ingresos, o el devenir económico o los resultados del manejo de los portafolios pensionales⁶, y por ello era imposible deducir en la fecha de afiliación al RAIS que se fuera a generar una diferencia entre mesadas pensionales, que es el daño sobre el cual se dictaron las condenas en primera instancia.

Aunque lo anterior resulta suficiente para tomar la decisión que ya se anunció –revocar la sentencia de primera instancia-, también resulta aplicable al caso que se analiza, el principio jurídico que, fundado en la buena fe de los contratantes, impide que una de las partes reclame judicialmente de la otra la derogación de las consecuencias de un acto que voluntariamente celebró⁷.

⁶ Así lo estimó el Dr. Jorge Quiroz Alemán en el salvamento de voto a la sentencia SL 3871 de 2021.

⁷ CSJ - Sentencia del 9 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 00254.01 *“En cabal realización de estas premisas –se puntualiza- las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o que duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no*

La prohibición de ir en contra del *acto propio* defiende la coherencia en las actuaciones surtidas, de forma tal que las decisiones de un sujeto no puedan contradecir lo que con sus comportamientos o declaraciones anteriores hizo creer a la contraparte⁸. Sobre la materia se ha pronunciado la Corte Constitucional para definir las condiciones de vigencia de dicho principio, a saber: “a. *Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción - atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas*” (Sentencia T-295 de 1999⁹).

pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada Teoría de los Actos Propios” y, por lo tanto, un acto contrario a aquellos que lo anteceden “(...) puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante”

⁸ CSJ - Sentencia del 9 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 00254.01 (*“En cabal realización de estas premisas –se puntualiza- las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o que duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada Teoría de los Actos Propios” y, por lo tanto, un acto contrario a aquellos que lo anteceden “(...) puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante”*

⁹ *“El respeto del acto propio requiere entonces de tres condiciones para que pueda ser aplicado:*

a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz

Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.

La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibles por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de

EXP. 31 2022 00102 01

Ángela María Barrera Robledo contra Colfondos y otros.

Tales condiciones ocurren en el caso se analiza, si se tiene en cuenta que la afiliada voluntariamente solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez ante la AFP, para lo cual fue necesaria la elección de una modalidad pensional, otorgar información sobre sus beneficiarios, y la suscripción del *contrato de administración de mesadas pensionales* con COLFONDOS (folios 18 a 23, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia), actos jurídicos que generaron confianza en la administradora de pensiones y que por ello no pueden ser desconocidos ahora por la demandante, so pretexto de que no se cumplieron unas expectativas económicas que resultaban imprevisibles, como se dijo.

En nuestro Sistema General de Pensiones no es posible definir, en el momento del reconocimiento pensional, el régimen que resulta más favorable a los intereses del afiliado, menos aun si con ello se desconocen las consecuencias que generaron los *actos propios*, expresos e inequívocos, que dieron lugar al reconocimiento pensional.

Por todo lo dicho, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia y absolverá a las demandadas de las pretensiones incoadas.

En lo que toca con los intereses moratorios reclamados en la apelación, basta con indicar para confirmar su negativa que, contrario a lo que se alega en el recurso, en la demanda se solicitan intereses como mecanismo de reparación del daño pretendido por responsabilidad patrimonial a cargo de la AFP por incumplimiento del deber de información, y no por la eventual demora en el pago de la primera mesada. En esa orientación, la solicitud de la apelación constituye un hecho nuevo sobre el cual, en aplicación del principio de congruencia y el respeto a los derechos de defensa y

la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.

c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de

EXP. 31 2022 00102 01

Ángela María Barrera Robledo contra Colfondos y otros.

contradicción que le asisten a la demandada, no es posible pronunciarse en segunda instancia.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocarán y correrán 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

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **ABSOLVER** a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS de todas las pretensiones incoadas en su contra.
3. **COSTAS** en primera instancia a cargo de la parte demandante.
4. **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
Salvo voto y Aclaro voto

sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior.”

Exp. 31 2022 00258 01
Jeimmy Moreno Villalobos contra Fabio José Olarte

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JEIMMY MORENO VILLALOBOS CONTRA
FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de julio 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 apoderada del demandado, contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2023 por la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y se CONDENÓ a pagar prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, intereses moratorios y cálculo actuarial, a favor de la demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JEIMMY MORENO VILLALOBOS presentó demanda, contra FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA como propietario del establecimiento de comercio CENTRO ÓPTICO FALEN'S para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo a término indefinido desde el 10 de febrero

Exp. 31 2022 00258 01
Jeimmy Moreno Villalobos contra Fabio José Olarte

de 2014¹ (sic) hasta el 10 de junio de 2019, el cual terminó por renuncia voluntaria, y la *ilegalidad* del pacto de salario integral. En consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social, a la caja de compensación, y demás derechos causados en vigencia de la relación laboral, junto con la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y la indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que el 10 de febrero de 2004 fue vinculada por FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA mediante contrato de trabajo verbal, aunque este certificara que fue de prestación de servicios, para laborar como *Asesora de Ventas* en los establecimientos de comercio de su propiedad denominados CENTRO ÓPTICO FALEN'S, CENTRO ÓPTICO NUVISIÓN y CREAR VISIÓN, relación que se extendió hasta el 10 de junio de 2019 cuando renunció de manera voluntaria. Asegura que dentro de sus funciones se encontraba la atención de ventas al público, asesoría de los pacientes en la compra de sus gafas, manejo de inventario, apertura y cierre de la óptica, limpieza diaria de pisos, vitrinas y consultorio, entre otras, dependiendo del establecimiento al que fuera asignada. Refiere que su último salario fue de \$1.160.000, prestó sus servicios de manera personal, subordinada e ininterrumpida, nunca recibió prestaciones sociales, y aunque le permitieron el disfrute de vacaciones estas no fueron remuneradas. Tampoco se le afilió a un fondo de cesantías, o de pensiones ni a una EPS, esta última vinculación la pagó de manera independiente (ver demanda y su subsanación archivos 02 y 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ En la fijación del litigio se aclaró que la fecha de inicio de la relación laboral que se solicita es el 2004.

Exp. 31 2022 00258 01
Jeimmy Moreno Villalobos contra Fabio José Olarte

Por auto del 1 de septiembre de 2022, se tuvo por no contestada la demanda (archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 2 de junio de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia del contrato de trabajo entre las partes y CONDENÓ al demandado a pagar a la demandante prestaciones sociales, aportes a seguridad social y vacaciones causadas en vigencia del contrato, junto con la indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías. Para tomar su decisión, encontró probada la prestación de servicios de la demandante a favor del demandando, por lo que en virtud del principio la primacía de la realidad y de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T. se entiende que es un contrato de trabajo. Como no se arrimó prueba del pago de las acreencias laborales o aportes a seguridad social a pensión, ordenó su cancelación a la demandante, para lo cual tuvo en cuenta como salario el indicado por el demandante, a saber: para el año 2004: \$520.000; 2005: \$550.000; 2006: \$580.000; 2007: 610.000; 2008: 640.000, 2009: \$670.000; 2010: \$700.000; 2011: \$740.000; 2012: \$780.000; 2013: \$820.000; 2014: \$860.000; 2015: \$900.000; 2016: \$940.000; 2017: \$990.000; 2018: \$1.040.000; y 2019: \$1.160.000. Condenó al pago de sanción por no consignación de cesantías durante la relación laboral hasta la terminación del contrato de trabajo, y como la demanda se presentó pasados dos años de terminada la relación laboral, impuso como sanción moratoria el pago de intereses de mora.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal:
“DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre JEIMMY MORENO VILLALOBOS, en calidad de trabajador, y FABIO JOSÉ

Exp. 31 2022 00258 01
Jeimmy Moreno Villalobos contra Fabio José Olarte

OLARTE PINILLA, en calidad de empleador, por el periodo comprendido entre el 10 de febrero del año 2004 al 5 de junio del año 2019. CONDENAR a FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA, empleador, a reconocer y pagar a JEIMMY MORENO VILLALOBOS, trabajadora, la suma de \$11.781.666 por concepto de cesantías, \$3.469.444 por concepto de prima de servicios, \$382.204 por concepto de intereses a las cesantías, \$2.516.555 por concepto de vacaciones, \$39.932.000 por concepto de la sanción del artículo 99 de la Ley 50 del 90 y los intereses moratorios más altos a la tasa vigente a partir del día 6 de junio del año 2019 sobre lo adeudado por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios. Intereses moratorios cuyo pago se suspende en el momento en que se realice el pago total de la obligación. CONDENAR a FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA a realizar el pago del cálculo actuarial realizado a satisfacción por el fondo de pensiones PORVENIR por el periodo comprendido entre el 10 de febrero del año 2004 hasta el 5 de junio del año 2019, tomando como salario base de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente. CONDENAR a la parte demandada, FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA, al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente” (Audiencia virtual, archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 32:03).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada del demandado afirma que en la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones no se pueden tener en consideración montos que las partes acordaron no son constitutivos del salario en los términos del artículo 128 del C.S.T. En este caso, dice, el salario de la actora

Exp. 31 2022 00258 01
Jeimmy Moreno Villalobos contra Fabio José Olarte

era el mínimo legal² (Audiencia virtual, archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 34:38).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 10 de febrero de 2004 al 5 de junio del año 2019, a esta conclusión arribó la juez de primera instancia y sobre ella no se formuló reparo alguno en el recurso. Además, el demandado no se opone a la existencia de las obligaciones dispuestas en favor de la demandante en este proceso declarativo.

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con la materia que fue objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS) se circunscribe a determinar cuál es el salario que se debe emplear en la liquidación de las acreencias ordenadas a favor de la parte demandante.

² “Estando en la oportunidad pertinente interpongo recurso de apelación para que los señores magistrados revisen la sentencia de primera instancia respecto el punto a tener en cuenta el monto en el cual se calcula el valor de las cesantías en prima de servicio, vacaciones, el no pago de las cesantías, teniendo pues a consideración lo siguiente el artículo 128 del código sustantivo de trabajo señala qué montos no son constitutivos de salario entre los cuales hay que tener a consideración que para el caso que nos ocupa el salario que le correspondía a la señora demandante era el salario mínimo legal mensual vigente y que los conceptos posteriores tales que se denominan y se encuentran dentro del expediente que se denominan cesantías, vacaciones estos rubros tal y como lo manifestaron interrogatorio de parte la demandante era un acuerdo en los cuales no constituía salario y en virtud del artículo 128 estos montos no deberían tenerse en cuenta para el cálculo realizado toda consideración que en dicho artículo se manifiesta que se excluye los montos que las partes hayan acordado ya sea de forma extra legal que es la demandante recibió de manera extra legal por el empleador en este sentido teniendo consideración que estos montos no constituyen salarios no debieron ser objeto en el cálculo de las respectivas liquidaciones correspondientes en este orden que solicitó solamente sobre este punto a los señores magistrados para que se verifique la liquidación realizada por el despacho no siendo más de lo pues sustentado el recurso de apelación.”

Exp. 31 2022 00258 01
Jeimmy Moreno Villalobos contra Fabio José Olarte

Para resolverla, el artículo 127 del CST dispone que todo pago que reciba el trabajador del empleador *para* retribuir directamente sus servicios sea *cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones*, es salario. En consecuencia, cuando el trabajador demuestra pagos efectuados por el empleador y que estos se hicieron para *retribuir* el servicio, el juez debe declarar que tienen naturaleza salarial.

Si bien el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 autorizó la exclusión de algunos pagos que reciba el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, dicha posibilidad solo cabe frente a una *duda razonable* que pudiera existir sobre la naturaleza salarial de los pagos que se pretenden excluir.

El pacto que deduzca de la base de liquidación de prestaciones sociales a pagos que tienen claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario, implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y por ello sería ineficaz. Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución Política y 13 del CST, y lo adocrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene efectos de cosa juzgada constitucional y es de forzosa aplicación para todos los jueces. Allí se dijo: “*La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que*

Exp. 31 2022 00258 01
Jeimmy Moreno Villalobos contra Fabio José Olarte

intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, la Juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente". Advierte la Corte más adelante en la sentencia referida que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario, "*Sin que ello implique –en palabras de esa Corporación- que, en casos concretos, la Juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada*".

Con estos criterios y revisadas las pruebas aportadas al expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, pues el monto del salario que tomó la juez para liquidar las prestaciones y demás acreencias causadas en vigencia de la relación laboral que existió entre las partes, fue el valor que el demandado confesó haber pagado a la demandante al absolver el interrogatorio de parte, de acuerdo al detalle que le entregó la *a quo* (archivo 26, récord 5:22³) y, contrario a lo que se alega en el recurso, no se demostró la existencia de algún pacto entre las partes que excluyera de la base salarial algún concepto, ni que tales pagos no fueran *retributivos* del servicio.

Aunque en el interrogatorio se dijo que el salario mensual pagado a la trabajadora era el mínimo legal vigente para cada anualidad y que se incluían -además- unas sumas que compensaban el valor de prestaciones sociales y

³ Son los mismos que se detallaron en la demanda.

Exp. 31 2022 00258 01
Jeimmy Moreno Villalobos contra Fabio José Olarte

los aportes a seguridad social en salud y pensión, tal compensación resultaba improcedente por no estar autorizada en la Ley (artículo 13 del CST)⁴.

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 apelada.
- 2. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

⁴ No se podía pactar *salario integral*, única modalidad que permite *compensar de antemano el valor de las prestaciones* (artículo 132 del C.S.T.), pues para que dicho pacto sea válido se requiere que conste por escrito y que lo pagado sea más de 10 veces el valor del SMLMV. Ninguna de estas condiciones se cumple en este caso.

Exp. 31 2022 00258 01
Jeimmy Moreno Villalobos contra Fabio José Olarte

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. 34 2020 00328 01
Jesús Alberto Dimas Ortiz 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 JESUS ALBERTO DIMAS ORTIZ CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 su favor, la sentencia dictada el 5 de junio de 2023 por la Juez Treinta y Cuatro (34) 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, JESÚS ALBERTO DIMAS ORTIZ 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 laboral, se declare que *es nulo* el traslado efectuado a PORVENIR S.A., por existir una falta al deber de información por no explicar las consecuencias, características, servicios, condiciones, y las diferencias entre el RPM y el RAIS. En consecuencia solicita que se ordene a PORVENIR realizar los trámites pertinentes para el retorno a COLPENSIONES incluyendo el traslado de los aportes, rendimientos y bonos pensionales y la convalidación

EXP. 34 2020 00328 01
Jesús Alberto Dimas Ortiz vs Colpensiones y otros.

de los dineros recibidos (ver demanda archivo 02 y subsanación de la demanda archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PORVENIR se opuso a las pretensiones afirmando que no se aportó algún elemento probatorio alguno que permita concluir que la voluntad del demandante se vio coartada, de conformidad con el literal B del artículo 13 y 271 de la ley 100 de 1993. Asegura que cumplió con el deber de información que le era oponible al momento del traslado de régimen brindando una asesoría veraz y clara e informando sobre las características y formas de acceder a las prestaciones sociales del RAIS. Indica que el demandante tuvo varias oportunidades para trasladarse y no lo hizo, y que en dado caso no hay lugar al traslado de los gastos de administración ni rendimientos, ya que con la devolución se dejaría al demandante en una condición más favorable a la que tendría de haber permanecido en el RPM. 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 folios 2 a 30 archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso también a las pretensiones de la demanda afirmando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Advierte que se encuentra inmerso en las causales de prohibición de traslado. 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, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las*

EXP. 34 2020 00328 01
Jesús Alberto Dimas Ortiz vs Colpensiones y otros.

entidades de la seguridad social y la genérica. (Ver contestación folios 2 a 42 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 5 de junio de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Cuatro (34) 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 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 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 realizado por el demandante JESÚS ALBERTO DIMAS ORTIZ, el 15 de noviembre de 1999, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JESÚS ALBERTO DIMAS ORTIZ, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y sin lugar a descontar valores por concepto de cuotas de administración o primas de seguro previsional. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las motivaciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad AFP PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación del demandante JESÚS ALBERTO DIMAS ORTIZ como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e

EXP. 34 2020 00328 01
Jesús Alberto Dimas Ortiz vs Colpensiones y otros.

intereses o rendimientos que se hubieren causado. QUINTO: CONDENAR en costas procesales a las demandadas SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., liquídense por secretaría incluyendo la suma equivalente a 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONCÉDASE el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L.” (Audiencia virtual, récord 54:41, archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES advierte que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Precisa que el deber de información en cabeza de la AFP no exonera al demandante de la obligación de ilustrarse. Considera relevante que el demandante era una persona mayor de edad y plenamente capaz a la fecha de la suscripción del formulario. Señala que el traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y solicita que se condicione el cumplimiento de la sentencia al traslado de los aportes por parte de la AFP¹

¹ “Gracias su señoría respetuosamente me permito presentar recurso de apelación frente a la presente decisión teniendo en consideración pues en primer lugar sobre la prohibición legal que recae sobre el demandante ya que al momento de solicitar el retorno se encontraba inmerso entre la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la ley 797 del 2003 la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 seguidamente pues respecto al deber de información pues si bien la AFP debe informar de manera suficiente al actor eso no lo exageraba del deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional de cuál dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez como tampoco lo sustraía la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviesen menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia en la medida de que su elección dependería en las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social y en particular la de vejez lo que no convierte en los afiliados en incapaces para suscribir contratos. Igualmente ruego tener en cuenta pues que el demandante el momento de efectuar el traslado era mayor de edad y plenamente capaz para suscribir ese contrato y finalmente sobre la descapitalización del sistema en sentencia C-1024 del 2004. SL-1062 del 2010 SU-130 del 2013 la Corte Constitucional en materia de traslado manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costas de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría y finalmente en caso de no acogerse los argumentos expuestos por mi representada y en consecuencia pues la sala confirme la Providencia objeto de alzada sin que de ninguna manera se entiendan reconocidas pretensiones solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones previo a la devolución de la totalidad de las sumas sobrantes en la cuenta ahorro individual del demandante como son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración y los demás acudir el lugar debidamente indexados por el período de tiempo en que permaneció afiliado al fondo privado como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre estos recursos y actualice los datos del demandante en la respectiva base

EXP. 34 2020 00328 01
Jesús Alberto Dimas Ortiz vs Colpensiones y otros.

(Audiencia virtual, récord 53:16, archivo No. 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de PORVENIR afirma que cumplió con el deber de información previsto para la época del traslado. Respecto del traslado de los gastos de administración y prima de seguros previsionales, afirma que fueron legalmente descontados, no pertenecen a la cuenta de ahorro individual, y que la AFP generó unos rendimientos. Indica que los costos de administración son cubiertos mediante este cobro -gastos de administración- y para ello tenía la obligación de contratar los seguros para cubrir las contingencias establecidas en la Ley. Además -dice- el demandante no ejerció su derecho al retracto y su interés de regresar al RPM es netamente económico² (Audiencia virtual, récord 45:52, archivo No. 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

de datos, así mismo se ordene a la afp no realizar los descuentos por conceptos de seguros de invalidez o de vejez en estos términos dejo interpuesto mi recurso, Muchas gracias. ”

² “Gracias señora juez de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación en contra de la Providencia que acaba de proferir el despacho siendo lo primero indicar honorables magistrados que mi representada ha sido cumplimiento al deber de información como estaba previsto al momento en el que se efectuó la vinculación del demandante con Porvenir esto de manera verbal y con el suscrito formulario de afiliación por tanto me aparto de lo dispuesto en la parte considerativa del presente fallo como quiera que se indica que por el hecho de no allegarse una prueba escrita adicional a este formulario pues se tuvo por no cumplido con dicho deber por otro lado es apenas necesario entonces advertir honorables magistrados como es bien sabido que la norma entiende por ineficacia que el acto no produce efecto alguno sin necesidad de declaración judicial así las cosas en este punto conviene traer a colación de una máxima del derecho y un principio general de la interpretación jurídica según la cual donde la ley no distingue pues no les hable al intérprete hacerlo en consecuencia la no producción de efectos jurídicos se predica entonces de los dos extremos de la relación contractual esto es tanto la afp como el afiliado en virtud de lo previamente enunciado pues resulta totalmente contrario a los principios de justicia y equidad que frente a la figura de la ineficacia se le aplique un rasero distinto a la afp versus el afiliado o demandante pues de un lado sí se acepta que existió una cuenta de ahorro individual se acepta que existieron unos fondos que el demandante tiene esa cuenta que existen unos rendimientos financieros que deben ser trasladados a Colpensiones pero no se acepta que es su rendimientos fueron generados por la actividad profesional del administradora y tampoco se acepta que por esa actividad profesional y en virtud de la propia ley pues se causaron unos gastos de administración que fueron legalmente descontados en efecto no se puede aplicar una interpretación de la figura de la ineficacia a conveniencia o beneficio de la parte actora reconociendo que sí se produjeron algunos pero para el mismo caso aplicar una interpretación en detrimento de la afp que desconoce su labor y que fue precisamente esa labor la que hoy por hoy está generando unos rendimientos que jamás habría logrado el demandante de haberse encontrado en Colpensiones frente a eso se destaca que el propio Artículo 20 de la ley 100 de 1993 enuncia que las comisiones de administración no hacen parte de los recursos pensionales que financian las prestaciones económicas del afiliado con lo cual en el entendido que en el presente proceso no se discutió la gestión de mi representada pues carece de todo fundamento que se condene al traslado de estos valores en favor de colpensiones ya que ello no puede ser considerado de forma distinta una violación al principio constitucional de buena fe y de confianza legítima lo anterior Incluso en líneas por lo dispuesto por la superintendencia financiera de Colombia la que ha precisado la importancia de respetar las restituciones mutuas en caso de declararse la ineficacia del traslado con lo cual se puede concluir que durante toda la permanencia en el RAIS de la parte actora pues nunca ejerció el derecho de retracto ni tampoco estuvo interesado en hacerlo que entre la fecha inicial del traslado y la fecha en que

EXP. 34 2020 00328 01
Jesús Alberto Dimas Ortiz 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 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*

la parte demandante se vio inmersa en la prohibición de traslado en razón de la edad pues estuvo en la posibilidad de ampliar información y de regresar al régimen de prima media pero aún así no lo hizo lo que evidencia una actuación contraria a la de un buen padre de familia y una total negligencia notesé que el interrogatorio de partes de su trabajo que también pues el internet el interés de retornar al régimen de prima media surge netamente por un interés económico y aquí pues debe recordarse que la insatisfacción frente al monto de la mesada pensional pues no da lugar a la ineficacia del acto jurídico que bajo la normatividad existente por el momento del traslado no le era darle exigirle la documentación de la asesoría no había deber legal de hacerlo la decisión fue libre y voluntaria donde no me dieron presiones por parte de mi representada lo cual quedó acreditado no solo con el suscrito formulario sino con el interrogatorio de parte las características del RAIS estaban en la ley por lo que si se habla de un error sería de derecho el cual no tiene la potencialidad de viciar el consentimiento reiteró que en el presente asunto pues no se debe ordenar la devolución de gastos de administración los cuales fueron legalmente descontados con todo lo anterior ruego honorables magistrados en primer sentido absolver a mi representada de las condenas que le fueron impuestas mediante la sentencia de precedencia en segundo lugar declarar probadas las excepciones de mérito propuestas con la contestación y en tercer lugar revocar en su integridad la Providencia emitida anteriormente Muchas gracias."

EXP. 34 2020 00328 01
Jesús Alberto Dimas Ortiz vs Colpensiones y otros.

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 tenía 37³ años de edad y había cotizado 763⁴ 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 9 años, 14 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 58 años de edad- ver 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

³ Nació el 24 de diciembre de 1961.

⁴ Ver historia laboral de la oficina de bonos, folio 75 a 83 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ *Idimen*

EXP. 34 2020 00328 01
Jesús Alberto Dimas Ortiz vs Colpensiones y otros.

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 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*

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. 34 2020 00328 01
Jesús Alberto Dimas Ortiz vs Colpensiones y otros.

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).

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 Pensional en el momento 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*

EXP. 34 2020 00328 01
Jesús Alberto Dimas Ortiz vs Colpensiones y otros.

y efectos negativos de esa decisión”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según ilustró, le indicaron que el ISS iba desaparecer y que para salvaguardar sus aportes debía trasladarse de administradora de pensiones, no obstante nunca le explicaron cómo funcionaba el RAIS o cuales eran los requisitos para pensionarse. Dijo que no diligenció el formulario. (Audiencia virtual del 20 de febrero de 2023, archivo 15 del expediente digital).

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 valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, así como la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales a COLPENSIONES, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa. (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

EXP. 34 2020 00328 01
Jesús Alberto Dimas Ortiz vs Colpensiones y otros.

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 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** 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. **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,

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. 34 2020 00328 01
Jesús Alberto Dimas Ortiz 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. 35 2022 00397 01
María Jiménez Chicangana 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 MARÍA JIMÉNEZ CHICANGANA CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 2 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, MARÍA JIMÉNEZ CHICANGANA 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, se declare la nulidad de la afiliación o ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado en septiembre de 1995 mediante afiliación a PROTECCIÓN S.A. por existir *engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento* para efectuar dicho acto jurídico. En consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN retornarla a COLPENSIONES junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses,

EXP. 35 2022 00397 01
María Jiménez Chicangana vs Colpensiones y otro.

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 11 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 que dé cuenta 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 07 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 en el año 1995 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 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.

EXP. 35 2022 00397 01
María Jiménez Chicangana vs Colpensiones y otro.

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 22 del archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 2 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 PROTECCIÓN S.A. (antes COLMENA) 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 de 8 de agosto de 1995, efectiva desde el 01 de septiembre de 1995, por MARÍA JIMÉNEZ CHICANGANA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual efectuado a través de la afiliación a la AFP COLMENA hoy sociedad ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARÍA JIMÉNEZ CHICANGANA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieran causado.*

EXP. 35 2022 00397 01
 María Jiménez Chicangana vs Colpensiones y otro.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los aportes que reintegre la sociedad ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A., con motivo de la afiliación de MARÍA JIMÉNEZ CHICANGANA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. QUINTO: CONDENAR en costas procesales a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN, liquidense por secretaría incluyendo la suma de 1'000.000 por concepto de agencias en derecho. Sin costas para la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.” (Audiencia virtual, récord 1:01:53, archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES en el recurso, afirma que las consecuencias de la declaratoria de ineficacia contempladas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no son aplicables porque la demandante ratificó su afiliación en el RAIS debido a su permanencia en el mismo por más de 20 años, además, que no resulta válido alegar el desconocimiento de la norma. Asegura que la declaratoria *injustificada* de la ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema y el derecho pensional de los demás afiliados del RPM. En caso de que se confirme la sentencia, pide se ordene al fondo no realizar deducciones por concepto de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, se autorice a esa entidad a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios y se revoque la condena en costas, que le fue impuesta pues se trata de un tercero de buena fe¹ (Audiencia virtual,

¹ “Gracias señora Juez muy respetuosamente interpongo recurso de apelación frente a la sentencia emitida el día de hoy a efecto de que los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá se sirvan revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar se absuelva a mi representada de todos los cargos impuestos teniendo en cuenta los siguientes argumentos: Lo primero señalar que el mismo artículo 271 de la ley 100 de 1993 señala cuáles son las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia al traslado

EXP. 35 2022 00397 01
 María Jiménez Chicangana vs Colpensiones y otro.

récord 1:03:48, archivo No. 19 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 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,

a falta del deber de información por tanto en sentencia de instancia y atendiendo al principio en esa individualidad no se integra aplicación al mencionado artículo y legislación en la cual la demandante ratificó su necesidad y conformidad de permanecer en el régimen de ahorro individual por más de 20 años. Como segundo aspecto señalar que aceptar que la declaratoria injustificada la ineficacia del traslado al régimen de prima media afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados esto teniendo en cuenta que desde la perspectiva social se contraría el valor de justicia material y se abandona al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas esto teniendo en cuenta que como se evidenció en el interrogatorio de parte la demandante manifestó declaró cuáles eran las características propias del régimen de ahorro individual versus las del régimen de prima media cuál era su principal motivación para el presente litigio demandar a Colpensiones en el presente litigio en el que se evidencia que su interés es meramente económico por tanto no puede en este momento alegar un desconocimiento de la norma máxime cuando su rendimiento sus aportes no le dieron los rendimientos que ella esperaba y hacía alegar una falta al deber de información obstatante lo anterior y en gracia de discusión que se confirme la sentencia de primera instancia ruego honorables magistrados en primera medida a ordenar a los fondos no realizar deducciones por conceptos de seguros previsionales tales como invalidez y sobrevivencia toda vez que contribuiría con la descapitalización del sistema pensional como segundo aspecto ruego se autorice a mi representada 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 los montos no previstos y si las reservas dispuestas para tal fin originadas en este caso de la AFP y como último aspecto rogar honorables magistrados que no sea condenada en ninguna instancia mi representada en costas y agencias judiciales toda vez que ha sido un tercero de buena fe el cual respetó la decisión libre, espontánea y voluntaria de la demandante de trasladarse inicialmente de régimen pensional y de permanecer en dicho régimen por más de 20 años dejo así sustentados mis argumentos de recurso de apelación, Muchas gracias señora juez.”

EXP. 35 2022 00397 01
 María Jiménez Chicangana vs Colpensiones y otro.

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 demandante tenía 34² años de edad y había cotizado 193³ 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, 5 meses, 15 días⁴) y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad mínima de pensión

² Nació el 11 de agosto de 1960.

³ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folios 30 a 33 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁴ Ver historia laboral de Ministerio de Hacienda folio 88 a 91 del archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia.

EXP. 35 2022 00397 01
 María Jiménez Chicangana vs Colpensiones y otro.

(tenía 62 años de edad - ver folio 183 del archivo 07 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 ⁵, ⁶. 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*

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. 35 2022 00397 01
 María Jiménez Chicangana vs Colpensiones y otro.

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 de la demandante, pues COLMENA hoy 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

EXP. 35 2022 00397 01
María Jiménez Chicangana vs Colpensiones y otro.

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, 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 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 cotizaciones, bonos pensionales, seguros previsionales, frutos, intereses y rendimientos, pero se adicionará para ordenar a esta administradora que proceda 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

EXP. 35 2022 00397 01
María Jiménez Chicangana vs Colpensiones y otro.

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”* (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.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a COLPENSIONES, 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.

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

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. 35 2022 00397 01

María Jiménez Chicangana vs Colpensiones y otro.

1. **ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. 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. **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. 37 2021 00137 01
William Antonio Segura Daza contra Manufacturas Delmyp S.A.S.

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE WILLIAM ANTONIO SEGURA DAZA CONTRA
MANUFACTURAS DELMYP S.A.S.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de julio 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 demandada, contra la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2022 por el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y se le condenó a pagar en favor del demandante salarios insolutos, prestaciones sociales y vacaciones, indemnización moratoria e indemnización por despido sin justa causa.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, WILLIAM ANTONIO SEGURA DAZA presentó demanda contra MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 20 de septiembre de 2019 hasta el 24 de agosto de 2020, que terminó sin justa causa. Pide que se condene a la demandada a reliquidar los salarios y prestaciones *de contratos laborales anteriores de los años 2016 y 2017*, a pagar los salarios y prestaciones sociales de marzo, abril y mayo de 2020 y cualquier concepto adeudado a la terminación de la relación laboral, junto con la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y la indexación.

Exp. 37 2021 00137 01
William Antonio Segura Daza contra Manufacturas Delmyp S.A.S.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el 2 de marzo de 2011 suscribió con MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. un contrato de trabajo a término fijo para prestar sus servicios como soldador. Asegura que esa misma sociedad lo contrató en varios periodos entre el 2 de marzo de 2011 y el 1 de enero de 2018 de los cuales se le adeudan \$4.185.410 por *reliquidación de sueldos y prestaciones sociales pendientes de los años 2016 y 2017*, por lo que el 16 de febrero de 2018 presentó ante el Ministerio de Trabajo solicitud de conciliación y el 21 de marzo de ese año radicó una petición pidiendo el pago de las sumas adeudadas. Refiere que, de manera verbal, se le informó que la demandada entró en un proceso de reorganización, por lo que se le pagaría de acuerdo a lo autorizado por la Superintendencia de Sociedades. Manifiesta que el 26 de septiembre de 2019 firmó un nuevo contrato a término fijo por el término de un año, en virtud del cual en muchas ocasiones laboró horas extras, y que se le adeudan los salarios de marzo, abril y mayo de 2020. Asevera que el 24 de agosto de 2020 MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. decidió terminar su contrato de trabajo sin el preaviso debido, momento para el cual se desempeñaba como supervisor y devengaba un salario de \$1.500.000. (ver demanda folios 2 a 11, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. EN REORGANIZACIÓN. a través de apoderado judicial. Se opuso únicamente a las pretensiones que persiguen el pago de la indemnización por despido sin justa, de la sanción moratoria y las prestaciones de los años 2016 y 2017. Reconoció la existencia del contrato de trabajo y que adeuda al demandante los salarios de marzo, abril y mayo de 2020 y las prestaciones que se causaron a la finalización del contrato de trabajo, pero indicó que procederá a su pago en *el momento que disponga de los recursos económicos*, pues el no pago obedece a la falta de recursos causados por la pandemia y la recesión económica y comercial del país. Afirma que la terminación del contrato de trabajo se informó con más de 30 días de anticipación a su vencimiento, como corresponde a los contratos a término fijo, razón por la cual no hay lugar al pago de la indemnización por despido; además, aunque reconoció que adeuda derechos laborales correspondientes a los años 2016 y 2017, anotó que dicha obligación está en proceso judicial ante la Superintendencia de Sociedades por lo que le corresponde a esa entidad resolver sobre tales acreencias. Sostiene que el no pago de

Exp. 37 2021 00137 01
William Antonio Segura Daza contra Manufacturas Delmyp S.A.S.

obligaciones laborales obedeció a que esa empresa no estaba en capacidad económica y financiera de cumplir los pagos lo que se prueba con la admisión al proceso de Régimen de Insolvencia Empresarial. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (ver contestación folios 2 a 12, archivo 03 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de septiembre de 2022, en la cual el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo de 6 meses del 1 de noviembre de 2019 al 24 de agosto de 2020, con un último salario de \$1.500.000, y condenó a la demandada a pagar a favor del demandante los salarios insolutos reclamados, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria. Para tomar su decisión encontró probado el contrato de trabajo frente al cual, de hecho, no existió controversia, y que no se aportó prueba del pago de las acreencias y salarios pedidas por el demandante. Dispuso el pago de la indemnización por despido sin justa causa porque la demandada tampoco probó el preaviso dentro del término de ley, y ordenó el pago de sanción moratoria pues no halló razones atendibles para el impago de las obligaciones a su cargo, dicha condena se dictó desde la terminación del contrato hasta el momento que entró la empresa entró en liquidación porque a partir de este momento estaba en imposibilidad de disponer de sus bienes y activos.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la empresa MANUFACTURAS DELMYP S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y el señor WILLIAM ANTONIO SEGURA DAZA, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo, desde el 01 de noviembre del año 2019 hasta el 24 de agosto del año 2020, con un salario último que corresponde a la cifra de \$1.500.000, cuyo término de duración correspondió a 6 meses de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. SEGUNDO: CONDENAR a la empresa demandada MANUFACTURAS DELMYP S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL a reconocer y pagar a favor del demandante el señor WILLIAM ANTONIO SEGURA DAZA los siguientes conceptos. a) La suma de \$4.500.000 por concepto de salarios insolutos. b) La suma de \$1.347.777 por*

Exp. 37 2021 00137 01
William Antonio Segura Daza contra Manufacturas Delmyp S.A.S.

concepto de auxilio de cesantías. c) La suma de \$82.441 por concepto de intereses sobre las cesantías. d) La suma de \$1.347.777 por concepto de prima de servicios. e) La suma de \$673.888 por concepto de compensación de vacaciones. f) La suma de \$1.750.000 por concepto de indemnización por despido. g) La suma de \$11.550.000 por concepto de indemnización moratoria en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. TERCERO: ABSOLVER a la empresa demandada MANUFACTURAS DELMYP S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL de las demás pretensiones invocadas en su contra. CUARTO: COSTAS a cargo de la empresa demandada MANUFACTURAS DELMYP S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV". (Audiencia virtual, archivo 11 del expediente digital, parte 2, expediente digital, trámite de primera instancia, récord 26:02)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la sociedad demandada pide que se revoque la condena al pago de sanción moratoria impuesta por el juzgado. Afirma que actuó de buena fe pese a las circunstancias que la llevaron a una imposibilidad económica de atender los pagos de sus empleados¹ (Audiencia virtual, archivo 11 del expediente digital, parte 2, expediente digital, trámite de primera instancia, récord 29:01)

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que adoptará el Tribunal: (i) que entre el demandante y la sociedad MANUFACTURAS DELMYP S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL existió un contrato de trabajo regido por un contrato de trabajo a término fijo de 6 meses, desde el 1 de noviembre de 2019 hasta el 24 de agosto de 2020; (ii) que dicho contrato terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador; y (iii) que la demandada adeuda al demandante los valores

¹ "Gracias su señoría con el debido respeto pues interpongo el recurso de apelación en cuanto a la sanción moratoria pues impuesta por el juzgado pues nos mantenemos y ratificamos pues nuestra buena fe empresarial en toda su etapa las circunstancias de tiempo y modo que sucedieron los hechos la imposibilidad económica de los pagos y por ello pues no está de acuerdo que haya sido sancionada a la indemnización del artículo 65 por el no pago de las acreencias laborales en su momento. En ese sentido señor juez solicito se conceda el recurso de apelación."

Exp. 37 2021 00137 01
William Antonio Segura Daza contra Manufacturas Delmyp S.A.S.

declarados en la sentencia de primera instancia por salarios y prestaciones sociales.

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66 A del C.P.T y la S.S.) el Tribunal debe definir si procede o no el pago de sanción moratoria.

Para resolver esta controversia, el artículo 65 del CST impone al empleador, como sanción por la demora en el pago de los salarios y las prestaciones sociales de sus trabajadores, un día de salario por cada día que transcurra desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta el pago efectivo de tales derechos.

Sin embargo -así lo ha dicho reiteradamente la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia- la condena por *sanción moratoria* no procede de forma automática e inexorable, pues bien puede el empleador haber actuado el empleador con buena fe, y ello se deduce: (i) del entendimiento con motivos plausibles de no estar obligado a los pagos que se reclaman, o (ii) de situaciones sobrevinientes por las cuales le resultaba imposible el pago oportuno de los derechos que se causaron en la relación de trabajo. Esto último ocurre, a juicio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando las empresas se encuentran en situación de reorganización empresarial o liquidación no solo por la finalidad que persiguen dichos procesos² sino también y fundamentalmente porque cuando están en marcha el empleador pierde autonomía para administrar sus bienes o para definir el orden de pago de las obligaciones que adeuda. En tales procesos el

² Entre otras, sentencia del 10 de octubre de 2003 Radicación 20764, sentencia SL 2833-2017 del 1º de marzo de Radicación 53793. Dice la Corte: “Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley. Finalmente, no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática”.

Exp. 37 2021 00137 01
William Antonio Segura Daza contra Manufacturas Delmyp S.A.S.

empleador solo conserva su capacidad jurídica empresarial para los fines del concurso.

Con estas premisas normativas y jurisprudenciales el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues según las pruebas acopiadas la entidad entró en proceso de liquidación el 11 de agosto de 2021, y la sentencia dictó la condena al pago de sanción moratoria hasta la fecha referida (folios 4 a 23, archivo 04 del expediente digital).

Es del caso indicar para responder a los argumentos de apelación, que si bien la sociedad demandada entró en proceso de liquidación por haberse decretado la terminación del proceso de reorganización (mediante Auto 2017-01-404030, folios 21 a 27 archivo 03), desde una fecha muy anterior al inicio del último contrato de trabajo contrato se inició el proceso concursal, el 31 de julio de 2017. De allí que no resulte como razón plausible para no pagar los salarios y acreencias causadas por el trabajador. Además, y pese a que la demandada alegó que el impago de sus obligaciones se originó por los problemas económicos surgidos a raíz de la pandemia del COVID.19, ninguna prueba documental o testimonial se allegó al proceso sobre la materia y en contra de lo afirmado resulta claro que venía con problemas financieros anteriores a esa situación, no se debe olvidar que para acreditar buena fe no se pueden alegar las situaciones de *crisis financiera* que puedan *dificultar* los pagos pues el trabajador por mandato legal no puede asumir los *riesgos y pérdidas* del empleador (artículo 28 del CST), lo que se debe probar es que esas situaciones hicieron *imposibles* los pagos teniendo en cuenta que los laborales son créditos privilegiados.

Sobre esta materia, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral- ha dicho que en situaciones de crisis financiera se debe demostrar, para acreditar buena fe, *“que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir sus obligaciones laborales (...) el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos*

Exp. 37 2021 00137 01
William Antonio Segura Daza contra Manufacturas Delmyp S.A.S.

dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente”³.

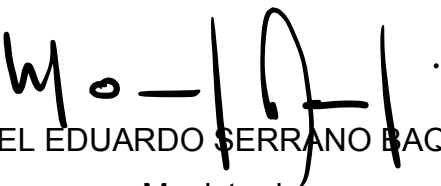
COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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 UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL845-2021 Rad. 83444 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.