

EXP. 05 2022 00532 01
Hilda Lorenza Carmona Chirivi vs Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE HILDA LORENZA CARMONA CHIRIVI
CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 03 de noviembre de 2023 por el Juez Quinto (05) 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, HILDA LORENZA CARMONA CHIRIVI presentó demanda contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare *la nulidad o ineficacia* de la afiliación y traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicita que se ordene a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor junto con sus frutos, intereses y rendimientos (ver demanda folios 1 a 17 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

EXP. 05 2022 00532 01
Hilda Lorenza Carmona Chirivi vs Colpensiones y otro.

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones afirmando que brindó asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones que tenía la decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras, incluyendo las características, funcionamiento, diferencias, ventajas, desventajas y la rentabilidad de los aportes en el RAIS. Sostiene que la demandante suscribió el formulario de vinculación de manera libre y con consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. En todo caso, advierte que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las de *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.* (ver contestación folio 02 a 18 archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones de la demanda. Indica que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN, 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 demandante probar la existencia del vicio del consentimiento que alega ocurrido. Además, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, lo que hace imposible para esa administradora tenerla como su afiliada, ello iría en contravía del principio constitucional de la sostenibilidad financiera y acarrearía la descapitalización del fondo común pensional. Presentó 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 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*

EXP. 05 2022 00532 01
Hilda Lorenza Carmona Chirivi vs Colpensiones y otro.

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, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y la innominada o genérica (ver contestación folios 2 a 30 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 03 de noviembre de 2023 mediante la cual el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Negó la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales porque se tratan de recursos que se destinaron al objeto legal y se recibieron 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 la señora HILDA LORENZA CARMONA CHIRIVI, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, que traslade a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con rendimientos, frutos, intereses, porcentaje de garantía de pensión mínima, y a COLPENSIONES, a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: COSTAS únicamente a cargo de COLFONDOS S.A., inclúyase como agencias en derecho la suma de 3 SMMLV: CUARTO: EN CASO de que este fallo no fuera apelado consúltese con el superior a favor de COLPENSIONES.”* (Audiencia virtual, récord 28:27, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

EXP. 05 2022 00532 01
Hilda Lorenza Carmona Chirivi vs Colpensiones y otro.

En el recurso, COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Afirma que el traslado de la demandante se dio cumpliendo las normas vigentes para la época, y resultan exigibles normas posteriores. Solicita, en caso de confirmarse la sentencia, que se corrobore la orden de reintegrar la totalidad de las cotizaciones, y que se condicione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo al reintegro de los recursos¹ (Audiencia virtual, récord 29:21, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLFONDOS S.A. pide que se revoque la de condena en costas. Afirma que este tipo de procesos no son conciliables por depender el traslado del RPM de quien debe recibir al afiliado, además por encontrarse la demandante dentro de la prohibición legal de traslado, pero de todas formas la demandante recibió la información correspondiente al momento del traslado de régimen² (Audiencia virtual, récord 31:10, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

¹ *“estando dentro de la oportunidad procesal oportuna, me permito respetuosamente interponer y sustentar recurso de apelación de la siguiente manera manifestar que 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 consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que además como lo expresa el artículo 29 de la constitución política el ajuste a las normas preexistentes a la que se juzga le solicito a los señores magistrados que se revoque la decisión que se acaba de proferir y consecuencia se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones en su contra, en caso de que se llegue a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal, ruego se mantenga la condena impuesta a la afp, en el entendido de que se reintegre la totalidad de las cotizaciones que recibí, así mismo le solicito a los honorables magistrados que se adicione a la sentencia, la de la condena impuesta a la entidad que represento con una obligación de hacer a favor de la demandante esa condición 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 no se reintegren los recursos a mi representada y se actualiza la información de la demandante en la respectiva base de datos, de esta manera dejó sustentado mi recursos de apelación, muchas gracias.”*

² *“Si su señoría solicito el uso de la palabra para presentar recurso de apelación de manera parcial en lo atinente a la condena en costas, impuestas a Colfondos, toda vez que por una situación de justicia, la afp colfondos estamos sujetos a la disposición legal, puesto que este tipo de procesos no pueden ser conciliables, porque dependemos del régimen de prima media administrado por colpensiones para poder recibir la afiliación del actor pero adicionalmente, mi representada no puede generar la devolución por cuanto la ley tiene la prioridad de que cuando las partes le faltara en menos de 10 años para adquirir su edad de pensión no se puede generar su traslado, entonces los fondos de pensiones, en este caso colfondos, llegan a este proceso sin tener otra posibilidad de concurrir al mismo e incluso no se puede presentar un acuerdo conciliatorio por cuanto Colpensiones y su comité de conciliación no permite esta conciliación en ese sentido, su señoría se debe estimar que se dio cumplimiento a la información requerida para el año de 1999, bajo estos argumentos, dejo sustentado mi recursos de apelación de manera parcial, solicitándole, pues al honorables magistrados del tribunal de Bogotá revoque el numeral de instancia gracias su señoría.”*

EXP. 05 2022 00532 01
Hilda Lorenza Carmona Chirivi vs Colpensiones y otro.

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

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

EXP. 05 2022 00532 01

Hilda Lorenza Carmona Chirivi vs 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 que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 37³ años de edad y había cotizado 548.57⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 6 años y 14 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 60 años de edad- ver folio 91 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 ^{6, 7}. Para

³ Nació el 06 de enero de 1962, folio 91, archivo 02.

⁴ Historia laboral de Colpensiones folios 92 a 95 Archivo 02.

⁵ Historia laboral de Colpensiones folios 92 a 95 Archivo 02.

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. 05 2022 00532 01
Hilda Lorenza Carmona Chirivi vs Colpensiones y otro.

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, 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) -según la Corte- 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. 05 2022 00532 01
Hilda Lorenza Carmona Chirivi 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 COLFONDOS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró un asesor de COLFONDOS le dijo que el ISS se iba a acabar, le indicó que debía cambiarse al fondo privado y que todo seguía con las mismas condiciones, también le aseguró que los requisitos para acceder a la pensión no iban cambiar, sin embargo, nada le informó sobre el régimen de transición, el derecho de retracto, el funcionamiento del RAIS, y tampoco sobre las diferencias con el RPM (Audiencia virtual del 03 de noviembre de 2023).

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 o los traslados horizontales efectuados; 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

EXP. 05 2022 00532 01
Hilda Lorenza Carmona Chirivi vs Colpensiones y otro.

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 rendimientos frutos e intereses, 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 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, pues así lo decidió la Corte en las sentencias que se siguen como referente (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a COLFONDOS, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulta vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dicha entidad en el caso bajo estudio.

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, carece de objeto la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo

EXP. 05 2022 00532 01
Hilda Lorenza Carmona Chirivi vs Colpensiones y otro.

acatamiento de lo dispuesto a cargo de las AFP, porque la parte resolutive de la decisión de primera instancia así lo estableció.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP COLFONDOS S.A. devolver, debidamente indexados, los gastos de administración y los seguros previsionales pertenecientes a la cuenta de la 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 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. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado

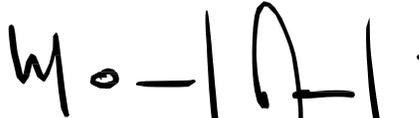


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 05 2022 00532 01
Hilda Lorenza Carmona Chirivi vs Colpensiones y otro.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 07 2021 00337 01
Jorge Iván Molina Pardo 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 JORGE IVÁN MOLINA PARDO CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 08 de febrero de 2024 por el Juez Séptimo (7) 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, JORGE IVÁN MOLINA PARDO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada a través de PORVENIR el 23 de abril de 1996, por no haberse suministrado información cierta, clara, oportuna, suficiente y transparente al

EXP. 07 2021 00337 01
Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

momento de suscribir el formulario de vinculación. En consecuencia, pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, se ordene a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes que se encuentran en su cuenta individual junto con los rendimientos financieros y bono pensional, y a COLPENSIONES aceptarlos (ver demanda folios 1 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.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que cumplió con los deberes de información al asesorar de manera clara, precisa, veraz y suficiente las condiciones, características y funcionamiento del RAIS conforme a las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, lo que se prueba con la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico y que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Sin perjuicio de ello, sostiene que no es procedente declarar la ineficacia regulada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque ésta solo es aplicable a situaciones dolosas que no se acreditan ni se alegan en esta demanda, y en todo caso -dice- garantizó el derecho al retracto mediante comunicado de prensa en el diario el Tiempo en el cual informó a los afiliados la posibilidad de trasladarse entre regímenes de acuerdo con las modificaciones introducidas con la Ley 797 de 2003. Lo que pretende el demandante es desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la excepción genérica*, (ver contestación folios 2 a 29, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la afiliación del demandante goza de validez por cumplir con todos los parámetros legales exigidos para la época de traslado. Señala que el acto jurídico de traslado no presenta ninguna irregularidad y se hizo previa información para que el demandante tomara la mejor decisión, lo que se encuentra probado con el formulario de afiliación. Manifiesta que el

EXP. 07 2021 00337 01
Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

demandante está alegando su propia culpa en su beneficio pues contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por parte de los fondos a los que estuvo vinculado. Como excepciones de fondo propuso las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* (ver contestación folios 2 a 27 del archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que al expediente no se aporta prueba que acredite que la AFP hubiese hecho incurrir al demandante en algún error por falta al deber de información, o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Tampoco existe nota de protesto que permita inferir con probabilidad de certeza que el afiliado estuviera inconforme con el régimen que escogió, por el contrario, las pruebas documentales dan cuenta que la afiliación al RAIS se realizó de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Advierte que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 por lo que no procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de mérito las que denominó: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 41 archivo 18 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 110 a 120 archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia) llamamiento que se admitió por auto del 08 de noviembre de 2023 (archivo 19, ibídem.).

EXP. 07 2021 00337 01
Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

En audiencia del 6 de febrero de 2024 se aceptó la intervención de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (archivo 30 del expediente digital, trámite de primera instancia), entidad que oportunamente presentó escrito (Ver folio 3 al 11, archivo 21 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 apoderada judicial. No se opuso ni se allanó a ninguna de las pretensiones de la demanda. No formuló medios exceptivos. Frente al llamamiento, aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza y se opuso a la solicitud de reembolso y pago de las primas causadas durante la vigencia del seguro previsional contratado aduciendo que la póliza contratada únicamente ampara invalidez y sobrevivencia para pagar la suma adicional para completar el capital que financia estas pensiones. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE es improcedente por cuanto SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, MAPFRE no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, y el reconocimiento oficioso de excepciones* (ver contestación folio 2 a 17 archivo 25 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de febrero de 2024 mediante la cual el Juez Séptimo (7) 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

EXP. 07 2021 00337 01

Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor JORGE IVÁN MOLINA PARDO con la AFP PORVENIR el 23 de abril de 1996 y posteriormente la vinculación con la AFP SKANDIA del 19 de marzo de 2002. SEGUNDO: SE CONDENA a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor demandante JORGE IVÁN MOLINA PARDO, dinero que debe incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: SE CONDENA a PORVENIR y SKANDIA a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante de la fecha del traslado abril de 1996, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguro previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a los fondos demandados PORVENIR y SKANDIA el término de 30 días contados a partir de la notificación del auto o vencimiento superior, deben presentar al juzgado un informe discriminando debidamente todos los valores objeto de devolución junto con el detalle pormenorizado de los ciclos ingreso base de cotización, el valor de los descuentos de los aportes que son objeto de devolución y el valor de la indexación de esos descuentos de los aportes y toda la información relevante que lo justifiquen y que prevenga controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. CUARTO: SE CONDENA a COLPENSIONES a recibir al señor demandante sin solución de continuidad como su afiliado en el régimen de prima medida con prestación definida desde su afiliación inicial al instituto de seguros sociales. QUINTO: DADA LAS RESULTAS del proceso, se declara no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR y SKANDIA y se declaran*

EXP. 07 2021 00337 01
Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

probadas las excepciones propuestas por MAPFRE respecto al llamamiento de garantía que le hizo SKANDIA. SEXTO: LAS COSTAS procesales son a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y SKANDIA, las agencias en derecho se tasan a favor del señor demandante en dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del pago a cargo de cada uno de los demandados, igualmente se condena en costas a SKANDIA y a favor de la aseguradora MAPFRE, las agencias en derecho se tasan igualmente en dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de su pago. SÉPTIMO: ORDÉNESE la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación y a fin el superior revise la legalidad de lo decidido.” (Audiencia virtual, récord 39:58 archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia. Afirma el traslado se dio con el cumplimiento de la normatividad vigente para la época y bastaba la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para el traslado válido de régimen, lo que se probó con el formulario de afiliación suscrito por el demandante. Señala que para el momento de la afiliación no existía la obligación de brindar doble asesoría, por lo que no resulta razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras esta obligación. Considera que la orden de traslado atenta contra la estabilidad financiera del sistema, y que el demandante está inmerso en la prohibición legal de traslado, además ha permanecido en el RAIS por más de 27 años en el RAIS con lo que ratifica su voluntad. Solicita, finalmente, que se revoque la condena en costas¹

¹ “gracias su señoría encontrándome en la etapa procesal pertinente y con el respeto que merece, el despacho me permito interponer recursos de apelación contra el fallo emitido por el juzgado séptimo laboral del circuito de Bogotá el cual sustentare a continuación honorables magistrados es de manifestar mi reproche en cuanto a que se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues se fundamentó en la falta del deber de información que debían brindar las afp al momento de suscripción del formulario, pasando por alto que para la fecha la normalidad aplicable era la ley 100 de 1993 y solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para trasladarse régimen la cual se manifestó a través de la firma del formulario de afiliación asimismo, cabe resaltar que para la fecha de la suscripción y firma el formulario no existía la ley 1748 del 2014 ni el decreto 2071 del 2015 con los cuales nace la obligación de las afp de brindar una doble asesoría de sus afiliados así las cosas, el análisis de la información suministrada por la afp, y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deben ser valoradas bajo la normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario de materialización del traslado. en este asunto ley 100 del 93 no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones de soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del

EXP. 07 2021 00337 01
Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

(Audiencia virtual, récord 42:37, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de PORVENIR, aduce que en los casos de nulidad e ineficacia de traslado las sumas que deben retornarse son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin que haya lugar al traslado de sumas diferentes. Indica que los gastos de administración son descuentos realizados por disposición legal, los cuales también se hubieran descontado en el régimen de prima media, y no financian la prestación, por lo que trasladar dichos recursos configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de

traslado de régimen pues exigencias desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la carta política, el reajuste a las normas preexistentes a el acto que se juzga al juzgamiento de la conducta de los fondos con bases en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna, y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones que sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tiene en cuenta el principio de la relatividad jurídica en torno a qué Colpensiones es un tercero en este asunto ahora bien en cuanto a lo manifestado en que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la afp y al transpolar lo señalado por las cortes en las sentencias referidas a este tipo de decisiones, encontramos que hasta el año 2016, los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido del formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentamiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde consta la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad es por eso que imponer cargas adicionales a las expresadas en las leyes de la época se constituyen en una situación de carácter imposible. finalmente, pongo en consideración de los honorables magistrados que en este asunto el accionante ha permanecido en rai por más de 27 años, por lo que el administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con su decisión adoptada esto en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la constitución política adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 del 2005 e igualmente es de recordar el artículo segundo de la ley 797 del 2013, en el que se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaron 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión de vejez no es un artículo caprichoso y tiene su razón de ser al respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esta prohibición es proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen los requisitos estipulados en la normativa pensional y así no generan un desequilibrio patrimonial, expresó la anterior los recursos que la administradora por conceptos de cotizaciones de los afiliados al sistema, no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo esto se sustenta, además, con la jurisprudencia de la honorable corte constitucional en sentencia C1024 del 2004 y que además es reiterada en la C062 del 2010 en cuanto a la condena en costas, es de manifestar que al demandante no le asiste el derecho reclamado aunado a que Colpensiones es un tercero en este asunto y ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal. tampoco tuvo que ver con la decisión que tomó el demandante de trasladarse de régimen revisando el expediente, pues denota que fue una decisión autónoma, libre y voluntaria, por lo que no puede cargarse impositivamente a mi representar que en nada influencio en la decisión del demandante, por lo cual ruego a los honorables magistrados se absuelva de esta a mi representada conforme a lo manifestado en el artículo 48, inciso quinto, de la constitución política y el artículo 365, numeral 5 del código general del proceso con lo anterior dejo sustentado mi recurso reiterándole a los honorables magistrados se revoque en su totalidad, la decisión proferida el día de hoy en consecuencia se absuelva a mi representada, muchas gracias”

EXP. 07 2021 00337 01

Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

COLPENSIONES. Las sumas destinadas a los seguros previsionales también tienen fuente legal y una destinación específica, y el demandante contó con la cobertura de las contingencias de muerte y sobrevivencia. En relación con los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, son dineros que también tienen destinación especial de los cuales no se puede disponer sin previa autorización de la Oficina de Bonos Pensionales. Además con la indexación se impone doble condena pues las sumas de la cuenta de ahorro individual no se vieron afectados por la pérdida del poder adquisitivo en virtud de las obligaciones y gestión del fondo, lo que generó unos rendimientos que compensan esa actualización monetaria² (Audiencia virtual, récord 47:44, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

² “ muchas gracias su señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente y con el debido respeto interpongo el recurso de apelación en contra del fallo que se acaba de proferir, para que seas resuelto por los honorables magistrados del tribunal superior del distrito judicial de bogotá, el cual sustento en los siguientes términos y que se interpone de manera parcial frente a las sumas que se ordenó trasladar y la condena de indexar estas sumas quiero iniciar solicitándole a los honorables magistrados que al momento de resolver este recurso y proferir su sentencias tenga en cuenta lo que ha dispuesto el artículo 113 literal b de la ley 100, en el cual se establece cuáles son los dineros que deben trasladar cuando existe un cambio de régimen igualmente y en el mismo sentido, lo que señaló la superintendencia financiera en concepto del 17 de enero de 2020, en el cual indicó que en los casos en los que haya lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado las únicas sumas que deberían retornar, son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que haya lugar a trasladar sumas diferentes a ésta, ya en concreto frente a cada una de las condenas, quiero iniciar indicando frente a los gastos de administración que pues estos primeros son un descuento que se realiza en virtud de una disposición legal, que además en un monto que también se le hubiese descontado al aquí demandante en caso de haber permanecido en el régimen de prima media y que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende, pues no le pertenecen a él, sino al fondo, como una contraprestación a esa gestión que adelanta para incrementar el monto de la cuenta de ahorro individual por lo que pues su traslado en nada afectaría el eventual monto de la mesada pensional del aquí demandante y su traslado sí configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones como quiera que ya se está beneficiando de esos rendimientos que se ordenó trasladar y además estaría beneficiando también de estos gastos de administración respecto de una administración, pues que nunca realizó y que fue realizada en este caso, pues por las administradoras del régimen de ahorro individual frente a la condena a devolver las sumas destinadas a seguros previsionales e igualmente valga recordar que también son un descuento que se realiza, pues en virtud de una disposición legal y que además esa misma disposición señala cuál es esa destinación que se le debe dar a esos recursos, que no es otra que la de consignarla a una aseguradora que se encarga pues, de cubrir los riesgos de invalidez y muerte, que si viene en el presente caso, pues no fue necesario afectar esas pólizas como quiera que los riesgos que se cubren con las mismas, pues no sucedieron en este caso, pues no es menos cierto que el aquí demandante siempre ha estado cubierto o estuvo cubierto, más bien durante el tiempo que estuvo vinculado con mi representada frente a estos riesgos y que pues por lo tanto es un dinero que ya no hace parte del patrimonio de mi representada como quiera que se le dio la destinación, pues que la ley dispone para dichas sumas frente a la condena a devolver el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima igualmente, pues es necesario recordar que si bien mi representada en su momento, pues administraba dicho fondo pues es una suma que mi representada, pues, tiene la obligación legal de recaudar sin embargo, la misma se destina a una cuenta especial que tiene también una destinación específica pues, de la cual no se puede hacer uso, sino en los casos que dispone la ley y con la autorización de la oficina de bonos pensionales del ministerio de hacienda y crédito público con esto pues queriendo decir que es una suma que en ningún momento le reportó ningún tipo de utilidad a mi representada, ni sacó provecho de la misma, por lo que pues esta condena no debería imponerse con cargo a los propios recursos de mis representadas, sino le solicito, pues respetuosamente a los honorables magistrados que se autoricen a hacer el descuento directamente de ese fondo, teniendo en cuenta pues lo que señalé anteriormente y que además en virtud del traslado que se decretan el presente caso pues no va a ser necesario utilizar dichas sumas en favor del aquí demandante, por último, frente a la condena de indexar las sumas que se ordena

EXP. 07 2021 00337 01

Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

En el recurso de SKANDIA solicita se revoque la sentencia. Afirma que declarar la ineficacia contraría los principios constitucionales de justicia y equidad, pues por la gestión del fondo se generaron rendimientos financieros que deben ser trasladados para engrosar el valor de los aportes, pero no se acepta que dichos rendimientos fueron causados por la actividad profesional de la AFP. Señala que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado pues se cumplió la normatividad existente para el momento que ocurrió y éste se realizó libre y voluntariamente. Aduce que no se puede aplicar una interpretación de la figura de la ineficacia acomodada en beneficio exclusivo del demandante. Señala que la indexación se compensa con los rendimientos, por lo que solicita se revoque esta condena de indexación³ (Audiencia virtual, récord 53:55, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

trasladar, se debe tener en cuenta que una de las obligaciones que tienen que cumplir las administradoras es la de garantizar esa rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de los afiliados, por lo que es incompatible o excluyente que se ordene indexar cualquier suma de dinero, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual del aquí demandante, pues no se vieron afectadas por la inflación, sino que por el contrario generar unos rendimientos muy superiores a los que garantiza el régimen de prima media luego ordenarle a mi representada que indexe cualquier suma de dinero, pues es imponerle una doble sanción ya que sin que pues resulte necesario hacer mayores operaciones aritméticas los rendimientos que obtuvo la cuenta de ahorro individual del aquí demandante, gracias a la gestión que realizó mi representada con dichos dineros, pues con creces superan la posible pérdida de poder adquisitivo que haya tenido su cuenta de ahorro individual en razón al transcurso del tiempo, de no ser de recibo pues estos argumentos le solicito respetuosamente a los honorables magistrados, también se aplique la figura de la compensación, en el entendido que ya se ordenó trasladar los rendimientos financieros a Colpensiones, por lo que pues no sería procedente también ordenar indexarlo, ya que se estaría realizando una doble condena en contra de mi representa bajo esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitándole muy respetuosamente a los honorables magistrados, se revoque la sentencia en los puntos que fueron objeto del mismo gracias su señoría”

³ “Gracias su señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer el recurso de apelación, razón por la cual le solicito a la honorable sala laboral del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, que proceda a revocar totalmente la sentencia que se acaba de preferir y en su lugar se sirva absolver a mi representada todas las pretensiones de la demanda con fundamento en las manifestaciones de hecho y de derecho contenidas en el escrito de contestación, en los alegatos de conclusión surtidos, en la diligencia de esta audiencia y principalmente en lo que paso a señalar a continuación es que en el presente asunto debemos partir del hecho que lo que se está declarando es la ineficacia del acto jurídico del traslado y este fenómeno no se le pueden dar efectos adicionales ni comprensiones distintas a las que ya contempla la ley, pues la interpretación de naturaleza jurisprudencial es un criterio auxiliar de la justicia, como lo dice la ley 153 de 1987, por lo que no se le puede dar el carácter de ley a la jurisprudencia en esos términos, es claro que la ineficacia se encuentra regulada por el artículo 897 del código de comercio y no por la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en la norma previamente enunciada. encontramos, pues, que la ineficacia es la ausencia de efectos del negocio jurídico celebrada es apenas necesario advertir que la norma entiende por ineficaz aquel acto que no produce efecto alguno sin necesidad de declaración judicial, así las cosas en este punto conviene traer a colación una máxima del derecho y un principio general de interpretación jurídica, según el cual, donde la ley no distingue, no les daba la intérprete hacerlo en consecuencia, la producción de efectos jurídicos se predica a los dos extremos de la relación contractual, en este caso las afp y el afiliado demandante, en virtud de lo previamente enunciado, resulta totalmente contrario a los principios constitucionales de justicia y equidad que frente a la figura

EXP. 07 2021 00337 01

Jorge Iván Molina Pardo Contra 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

y la ineficacia se aplique un rasero distinto a las afp versus a la afiliada demandante, pues de un lado la sentencia que se acaba de proferir aceptó que existe una cuenta de ahorro individual, que existieron unos fondos de la parte demandante que obran en esa cuenta y que existieron unos rendimientos financieros que deberán ser trasladados a Colpensiones para engrosar el valor de los aportes de la parte actora pero en ningún momento se aceptó que esos rendimientos financieros fueron generados por la actividad profesional de la administradora de pensiones y el despacho tampoco aceptó que por esa actividad profesional y en virtud de la propia ley, se causaron unos gastos de administración que, como se ha dicho en todos los documentos que reposaran el expediente, fueron legalmente descontados, pues en virtud del ordenado por la ley 100 de 1993 en ese sentido, pues no se puede aplicar una interpretación de la figura de la ineficacia acomodada exclusivamente en beneficio del actor, reconociendo que sí se produjeron algunos efectos, pero para el mismo caso aplicar una interpretación en detrimento de mi representada y de las demás afps que desconocen su labor y que fue precisamente esa labor la que hoy por hoy está generando 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 bajo el entendido que en el presente proceso no se discutió la gestión de mi representada carece todo fundamento que se condene el traslado de dichos valores en favor de Colpensiones, incluidos los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y los demás ordenados en la sentencia, ya que ello no puede ser considerado de forma distinta una violación al principio constitucional de buena fe y de confianza legítima a la anterior, incluso en línea con lo expuesto por la superintendencia financiera de Colombia, que ha precisado la importancia de respetar las restituciones mutuas en caso de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional ahora y por último en cuanto a la condena relativa a la indexación ordenada en esta primera instancia es importante apuntar que en primer lugar, la corte suprema de justicia ha definido en sus providencias que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo y dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional aunado a esto hay que tener en cuenta que el artículo 101 de la ley 100 de 1993 indica que entre las obligaciones que deben cumplir las administradoras de pensiones se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de sus afiliados con esto, pues es posible concluir que resulta incompatible indexación alguna, pues los recursos que reposen en esa cuenta de ahorro individual del demandante no se han visto afectados por la inflación incluso, por el contrario, han generado rendimientos financieros que han superado la rentabilidad mínima exigida reforzar el detenimiento anterior lo consultaba por el honorable tribunal superior de Cundinamarca en la sentencia de radicado 2021 11101, donde al examinar un proceso parecido al caso de estudio, concluye lo siguiente, y abro comillas sobre en particular, se considera que le asiste razón al apelante, ya que en este caso, como lo refieres, está ordenando la devolución de rendimientos financieros rubro este que incluye los frutos e interés que se obtuvieron con los dineros recibidos por la afp como consecuencia de la afiliación de la de la demandante, por lo que entiende la sala que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada, por lo que se revocará la decisión en este aspecto así las cosas, solicito a los honorables magistrados revocar la decisión en lo atinente a mi representada para así absolverla de todas y cada una de las pretensiones, así pues, también se solicita a los honorables magistrados que revoquen la sentencia proferida en primera instancia y reitero absuelvan a mi representada de todas y cada una de las pretensiones en estos términos, dejo sustentado mi recurso de apelación su señoría muchas gracias”

EXP. 07 2021 00337 01

Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

EXP. 07 2021 00337 01

Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

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 32⁴ años de edad y había cotizado 837,43⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 14 años y 25 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a pensión (tenía 57 años de edad- ver folio 70 del archivo 18 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

⁴ Nació el 29 de mayo de 1963, folio 70 archivo 18.

⁵ Ver historia laboral de Colpensiones folio 64 a 65 archivo 18

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. 07 2021 00337 01
Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

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 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. 07 2021 00337 01
Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que unos promotores de PORVENIR le hablaron sobre las dificultades del ISS para la época, le ofrecieron el traslado al nuevo régimen de pensiones y le aseguraron que tendría una mejor pensión, además que podría acceder a ella anticipadamente sin cumplir requisitos de semanas y edad, también le dijeron que el saldo de la cuenta pasaría a sus herederos, pero no le informaron sobre las desventajas ni sobre las ventajas del otro régimen ni sobre las diferencias en el acceso a la pensión (Audiencia virtual del 6 de febrero de 2024, récord 33:58).

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 o los traslados horizontales efectuados; 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

EXP. 07 2021 00337 01
Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

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 con solidaridad del demandante incluyendo 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 indexados, a cargo de aquella y de PORVENIR por el tiempo que estuvo afiliado a cada una de ellas; así lo definió la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa corporación, 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). Ello implica, en el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, 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), sin que sea posible compensar los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

Igualmente se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

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

EXP. 07 2021 00337 01
Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

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 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 SKANDIA y PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS CARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA GLARTE
Magistrada

EXP. 07 2021 00337 01
Jorge Iván Molina Pardo Contra Colpensiones y otros.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena 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 MARÍA VICTORIA NARANJO BAENA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., VINCULADA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la DEMANDANTE en contra de la sentencia dictada el 12 de febrero de 2024 por la Juez Decima (10) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales pretendía la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARÍA VICTORIA NARANJO BAENA presentó demanda contra la SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad y/o ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de SKANDIA el 01 de abril de 2012, por no haber recibido asesoría buen consejo e información sobre las condiciones y características para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con

EXP. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena Contra Colpensiones y otros

solidaridad. Pide que se declare, para todos los efectos legales, que siempre permaneció en el RPM, y se ordene a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual (ver demanda folios 1 a 9 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Afirma que la afiliación se realizó dentro del marco legal vigente para la época y conforme a los postulados de buena fe, y en ese momento la demandante había estado afiliada a otros fondos, por lo que ya tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y los demás componentes de este régimen pensional, en ese sentido, la asesoría fue una reafirmación de los argumentos ya conocidos por ella. Aduce que con la selección del RAIS la demandante aceptó todas y cada una de las condiciones propias del régimen conforme lo dispone la Ley 100 de 1993, decisión que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, acto jurídico que está vigente. Aduce que la demandante no se encontraba afiliada al ISS a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y por ello no había una afiliación previa al régimen de prima media, por ello no es posible acceder al traslado. Formuló como excepciones de fondo las que denominó: *la demandante para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado Instituto De Seguros Sociales, SKANDIA no participó no intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro- gastos de administración, buena fe y la genérica (ver contestación folios 2 a 25 archivo 09, primera instancia).*

EXP. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena Contra Colpensiones y otros

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a la prosperidad de las pretensiones de la demanda afirmando que al expediente no se aporta prueba que acredite algún error por falta al deber de información por parte de la AFP o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), ni hay nota de protesto que permita inferir con probabilidad de certeza que la demandante se encontraba inconforme con el régimen al que estaba afiliada. Por el contrario, las pruebas documentales dan cuenta de que la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Advierte que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 por lo que no procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de fondo las que denominó: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 2 a 11 archivo 10, primera instancia).

Dentro del término de traslado SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a la MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (folios 88 a 95 archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 03 de noviembre de 2022 (archivo 13, ibídem.).

Mediante auto del 3 de noviembre de 2022, el juzgado ordenó la vinculación de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en calidad de litis consorte necesaria de la parte demandada (ver archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Enterada de la demanda PORVENIR S.A. la contestó a través de apoderado judicial, quien se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que están relacionadas a un tercero ajeno a esta entidad. Considera que no existe fundamento factico ni jurídico para que se le impongan costas o agencias en derecho. Formuló como excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, y la excepción genérica* (ver contestación folios 2 a 23, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena Contra Colpensiones y otros

Enterada de la demanda, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. la contestó a través de apoderada judicial. No se opuso ni se allanó a las pretensiones puesto que estas tienen como sujeto pasivo de la relación material debatida a la AFP SKANDIA. Propuso como excepciones: *las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles y el reconocimiento oficioso de excepciones*. Frente al llamamiento, aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza. Se opuso a la solicitud de reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado por cuanto la póliza contratada únicamente ampara la invalidez y la sobrevivencia y no se encuentra la declaración de ineficacia o nulidad; la obligación que adquirió la compañía fue pagar la suma adicional para completar el capital que financia estas pensiones. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE es improcedente por cuanto SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, MAPFRE no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestaciones del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, y la de reconocimiento oficioso de excepciones* (ver contestación folios 2 a 20, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de febrero de 2024 mediante la cual la Juez Diez (10) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas. Para tomar su decisión estimó que los fondos lograron demostrar dentro del proceso que la demandante al momento de tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional en el año 2012 efectivamente tenía concurriendo de las características y consecuencias

EXP. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena Contra Colpensiones y otros

jurídicas de dicho traslado de régimen. Por lo tanto, su traslado fue válido y no hay lugar a la declarar la ineficacia.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“DECLARA: PROBADAS a favor de Colpensiones la inexistencia en la obligación y a favor de las demandadas como excepción genérica de conformidad al artículo 282 del CGP, la validez o eficacia de la afiliación de la demandante a SKANDIA, en las administradoras de fondos de pensiones por el cumplimiento del deber de información, de conformidad a la parte considerativa de la providencia. En consecuencia, se les absuelve de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, excepción que también se declara a favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., de conformidad a la contestación de demanda, y todo de conformidad a la parte considerativa. SEGUNDO. Se CONDENAN en costas de esta instancia a la señora MARÍA VICTORIA NARANJO BAENA. a favor de COLPENSIONES, AFP PORVENIR, Y AFP SKANDIA. Deben ser tasadas por la Secretaría del despacho e inclúyanse como agencias en Derecho, en favor de cada una de las demandadas la suma de \$500.000. Sin costas a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS. TERCERO. En tercer lugar, de no ser apelada la presente providencia debe remitirse al Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la decisión anterior, teniendo en cuenta esta remisión, dado que es una sentencia desfavorable a la demandante.”* (Audiencia virtual, récord 1:07:46, archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de la demandante solicita se revoque la sentencia. Afirma que al momento del último traslado, el efectuado ante la AFP SKANDIA en abril del 2012, la demandante se encontraba afiliada al régimen de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES desde diciembre de 2007, aduce que no se cumplió con el deber de información y asesoría que le imponía la normatividad vigente para la época a la AFP, esto es, la Ley 1328 del 2009 en su artículo 3º y el Decreto 2555 del 2010 en su artículo 3º, y que conforme los lineamientos expuestos por en la sentencia CSJ SL1462 de 2019, las administradoras de pensiones además de exponer las características

EXP. 10 2021 00073 01

María Victoria Naranjo Baena Contra Colpensiones y otros

de los regímenes, en su asesoría debía primar el buen consejo con base en los datos relevantes y particulares de cada afiliado, para que con ello puedan tomar una decisión informada y responsable sobre su pensión. En este caso, a pesar de estar la demandante en el RPM la convencieron para que se trasladara al RAIS cuando ello no le convenía. En cuanto a la presunta confesión del interrogatorio de parte, se debe tener en cuenta la confusión de la demandante en los requisitos para acceder a la pensión en el RAIS, además que la información que dijo tener respecto del régimen pensional fue obtenida de los medios de comunicación y no precisamente de la asesoría que se debía brindar en el momento del traslado¹ (Audiencia virtual, récord 1:09:47, archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“Estando dentro del término y la oportunidad legal, respetuosamente interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia acabada de proferir por la señora juez en esta instancia, y solicito respetuosamente a la Sala Laboral del honorable Tribunal de Bogotá atender y revisar los argumentos que a continuación expondré para que previo análisis de los mismos se revoquen su integridad del fallo a primera instancia, y en su lugar, se acceda favorablemente a las pretensiones de la demanda así las cosas, su Señoría sustentó el recurso en los siguientes términos. Como se puede advertir, y como se indicó en la fijación del litigio, se pretende con este proceso la declaratoria de ineficacia del último traslado del régimen efectuado por mi representada, la administradora de pensiones Skandia, que fue en abril del 2012. La administradora de pensiones citada pese a encontrarse mi representada afiliada desde diciembre del 2007 en el régimen de prima medio administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones la vinculó en el año 2012 cumplir con el deber de información y asesoría calificado que le imponía la normatividad que se encontraba vigente de brindar asesoría, es decir, la Ley 1328 del 2009 en su artículo tercero y el Decreto 2555 del 2010 en su artículo tercero igualmente vale reiterar al honorable el Tribunal que con la entrada en vigencia de entorno normatividad citada de como conforme lo indica la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia emitida por la Sala Laboral 1461 del 2019, este nuevo ciclo periodo se elevó al nivel a un nivel de exigencia superior, obligando las administradoras de pensiones respecto del deber calificado de información, pues ya no basta con dar a conocer las distintas opciones del mercado con las con exponer las características o las consecuencias y las condiciones, sino que adicionalmente dicho deber de información se traduce en una nueva etapa, en un mandato de dar asesoría y dar buen consejo con claridad y transparencia a sus afiliados esto qué implica, Implica dar a conocer a los afiliados la verdad objetiva de una parte de los de la existencia de la coexistencia de los dos regímenes pensionales, en su caso particular y con base en el estudio de los antecedentes del afiliado, es decir, con la base en la edad, las semanas de cotización, el ingreso base de cotización, su grupo familiar, los datos relevantes y precisos de la situación particular de cada afiliado, las expectativas pensionales que tenga el afiliado. De manera tal que la decisión que en definitiva tome el afiliado sea producto de un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales, y subjetivo de la situación individual de cada afiliado, teniendo en cuenta además la opinión y el criterio que sobre el asunto tenga el representante del administrador, es decir, la asesoría y el buen consejo, que con base en la situación particular del afiliado, pueda ofrecer ese experto que presta asesoría en representación del fondo de pensiones conforme a lo anterior y como lo indica la precitada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado, y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente esta fase supone el acompañamiento y la interacción con profesionales expertos en la materia que le permitan al afiliado con el respaldo, y la base (sic) en esa opinión o sugerencia o ilustración del asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales que se van a traducir a futuro en su pensión así las cosas, en el presente caso, lo que denota la firma del formulario de mi representada en abril del 2012 a la administradora Skandia, es una omisión total de lo preceptuado en las normas vigentes a dicha época, conforme a los lineamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de SL 1462 del 2019 de modo que, a pesar de estar mi representada ya en el Seguro Social, la convención de irse al régimen de ahorro individual en la fase dos,*

EXP. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena Contra 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).

pese a que todas luces, como se puede observar y cómo se encuentra demostrado, no le convenía ni le era favorable dicho traslado. según los parámetros y la interpretación hecha en la sentencia aludida, en esta etapa dos del deber de información no basta con informar, hay que asesorar y no hay prueba alguna de ese deber de asesoría, como tampoco hay prueba, alguna ni documental, y mucho menos en la declaración de parte recepcionada y representada del deber del buen consejo en esta etapa dos del deber de información calificado al que se refiere la precipitada sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el caso presente de otra parte, respecto de la presunta confesión a la que hace colación la señora juez en su fallo, para que se configure y para que produzca efectos jurídicos, debe ser indivisible y si bien es cierto, la demandante en el interrogatorio de parte afirmó o dijo saber algunas generalidades del régimen de ahorro individual, también es cierto que de sus respuestas no se advierte una confesión integral tampoco se advierte que realmente ella sabía o haya tenido el conocimiento de las implicaciones de su traslado a Skandia, pues de haber tenido dicho conocimiento en su caso concreto, y de haber contado con la comprensión suficiente de las consecuencias y de las implicaciones de ese traslado, ella jamás se hubiera trasladado, por lo que a todas luces no puede considerarse confesa en su declaración la señora demandante, máxime cuando lo que realmente advierte la suscrita es presión y tensión en todo el interrogatorio y la misma juez pudo advertir en dicho interrogatorio que cuando se le preguntó si había sido informada, indicando cómo había sido informada o se le preguntó, la misma demandante no supo responder cómo había sido informada incluso y cuando le preguntaron por los requisitos para pensionarse, la demandante habló de semanas, cuando todos sabemos que en el régimen de ahorro individual los afiliados se pensionan es con el producto del capital ahorrado y de los rendimientos financieros incluido el bono pensional no con semanas cotizadas, que fue lo que afirmó la representada en el interrogatorio, con lo cual se advierte claramente desinformación y confusión total por parte de mi representada en temas que debería tener claro si se concluyera que hubo una confesión como erróneamente lo concluye la juez de primera instancia, como igualmente asevera que no es posible que no por sus propios medios y de manera independiente ella se hubiera podido informar, pues no hay nada que a ella en efecto le hubiera impedido hacerlo, y de hecho fue la única alternativa, que la omisión de información de skandia le dejó, pues ella tuvo que informarse a través de me imagino yo, de algún asesor externo o de la suscrita apoderada, y en ese orden de ideas señores magistrados, teniendo en cuenta que no se encuentra probado por parte de la administradora de pensiones Skandia el cumplimiento del deber de información calificado de asesoría y del buen consejo al que se retire la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1452 del 2019, solicitó respetuosamente se estudien los argumentos acabados de exponer a través de este recurso y se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda en esos términos, su Señoría dejó presentado y sustentado el recurso de apelación"

EXP. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena Contra Colpensiones y otros

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones SKANDIA la demandante tenía 46² años de edad y había cotizado 182.86³ 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 (no tenía cotizaciones)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir

² Nació el 08 de septiembre de 1965, folio 10 archivo 01.

³ Ver historia laboral de Skandia folio 106 a 113 archivo 09, historia laboral de Colpensiones folio 44 a 49 archivo 10

⁴ Ibidem

EXP. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena Contra Colpensiones y otros

la edad mínima de acceso a la pensión (tenía 55 años de edad- ver folio 10 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{5, 6}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias 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,*

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. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena Contra Colpensiones y otros

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra para, en su lugar, declarar -en las mismas palabras usadas por la Corte- la *ineficacia* de la afiliación de la demandante, y dictar las condenas que corresponden, con el criterio que en esta materia trazó la Corte Suprema de Justicia, pues SKANDIA no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima al Régimen de Ahorro Individual

EXP. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena Contra Colpensiones y otros

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*”⁷.

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 esa corporación, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que ella se comunicó vía telefónica con SKANDIA, y solicitó la visita de un asesor junto con el formulario de afiliación pero el asesor de SKANDIA no le brindó la información correspondiente al momento del traslado, tampoco hizo un análisis de sus condiciones específicas en materia pensional ni le aconsejó sobre cuál sería la mejor opción, además, el conocimiento que tenía sobre los regímenes pensionales lo había adquirido por sus propios medios (Audiencia virtual del 06 de febrero de 2024).

No sobra señalar que para el momento en que la demandante realizó el traslado de régimen pensional -15 de febrero de 2012-, se encontraba en vigor la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 que previó además del deber de información, la obligación de asesoría y buen consejo. Estos últimos involucran el análisis previo, calificado y global de los antecedentes y particularidades junto con los pormenores de los regímenes pensionales, para que de esta manera el asesor emita un consejo, sugerencia o recomendación frente a lo que resulta más conveniente y aquello que podría perjudicarle al afiliado, lo que tampoco se encuentra acreditado en el presente asunto.

⁷ Aunque en principio la demandante eligió el RAIS como régimen pensional por afiliación del 1 de septiembre de 1997 en HORIZONTE, lo cierto es que luego de varios traslados horizontales se trasladó al RPM el 6 de junio de 2003 y se volvió a trasladar de régimen el 15 de febrero con su afiliación a SKANDIA, traslado respecto del cual se solicita la ineficacia (ver reporte SIAFP ASOFONDOS página 53 archivo 09, trámite de primera instancia del expediente digital).

EXP. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena Contra Colpensiones y otros

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 o los traslados horizontales efectuados; 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).

En consecuencia, se declarará la ineficacia del traslado de la demandante y se condenará a la AFP SKANDIA S.A., en la forma como lo definió la Sala Laboral de la Corte, a la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad incluyendo cotizaciones y rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como los gastos de administración y montos de las primas previsionales sin que sea posible descontar suma alguna por cualquier causa por el tiempo en el que la demandante estuvo afiliada con ese fondo (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior 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) *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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*

EXP. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena Contra Colpensiones y otros

No se impondrán condenas a cargo de la vinculada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. como quiera que la vinculación de la demandante a ese fondo de pensiones, lo fue en data anterior al traslado de régimen respecto del cual se declara la ineficacia.

Así mismo, el Tribunal declarará 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, frente al llamamiento en garantía se negarán las pretensiones incoadas por la llamante, pues SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS no demostró la existencia de una relación sustancial con la aseguradora llamada en garantía que imponga a ésta el deber de pagar el valor de las primas de seguro que recibió del fondo para cubrir los riesgos de invalidez o muerte del afiliado. Ello no se deduce del texto de las pólizas traídas al proceso (folio 96 a 102, archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia) en las que los beneficiarios son los afiliados al Fondo de pensiones obligatorias y no la demandada, y cuyo objeto -además- es diferente al pretendido por la recurrente.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo de las demandadas SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

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.

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

EXP. 10 2021 00073 01
María Victoria Naranjo Baena Contra Colpensiones y otros

2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de MARÍA VICTORIA NARANJO BAENA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
3. **CONDENAR** a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. –administradora a la que se encuentra afiliada la demandante- a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración de la cuenta de la demandante, debidamente indexados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
4. **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.
5. **ABSOLVER** a la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A.
6. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES y SKANDIA S.A., sin costas a cargo de PORVENIR S.A. En el llamamiento en garantía costas a cargo de SKANDIA S.A. y a favor de MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A.
7. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

Exp. 10 2021 00096 01
Julián Adolfo Carvajal Navarro contra Smartprocess Colombia S.A.S.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JULIÁN ADOLFO CARVAJAL NAVARRO
CONTRA SMARTPROCESS COLOMBIA S.A.S.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia dictada el 6 de septiembre de 2023 por la Juez Décima (10^a) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ que la bonificación devengada por el demandante entre julio y diciembre de 2019 era factor salarial y se CONDENÓ a la demandada a reajustar prestaciones sociales, aportes a seguridad social y la indemnización por despido sin justa causa, y a pagar la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.-

ANTECEDENTES

Mediante apoderada, JULIÁN ADOLFO CARVAJAL NAVARRO presentó demanda contra SMARTPROCESS COLOMBIA S.A.S. para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo del 4 de marzo de 2019 al 29 de abril de 2020 en virtud del cual se desempeñó como Director de Operaciones; que adicional al salario fijo recibía salario variable por *reconocimiento de bonificaciones* las cuales ascendían de 1.5 a 2 millones de pesos mensuales, según los indicadores cumplidos, sumas que no le fueron pagadas en vigencia de su contrato; y que

Exp. 10 2021 00096 01
Julián Adolfo Carvajal Navarro contra Smartprocess Colombia S.A.S.

la bonificación de \$1.000.000 pagada desde julio de 2019 era de naturaleza salarial. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar \$18.547.617 por las bonificaciones del año 2019 y \$6.000.000 por las de 2020, debidamente indexadas, y a reliquidar sus prestaciones sociales y aportes a seguridad social teniendo en cuenta estas bonificaciones y la bonificación salarial de \$1.000.000 que le fue pagada desde julio de 2019, junto con la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., lo que resulte probado de manera ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pretendido afirma que el 4 de marzo de 2019 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad SMARTPROCESS COLOMBIA S.A.S., en virtud del cual se desempeñó como Director de Operaciones, que terminó el 29 de abril de 2020 por despido sin justa causa por parte del empleador. Asegura que en el proceso de vinculación se le informó que su remuneración correspondería a un salario fijo de \$5.000.000 más una suma por bonificaciones que variaba de acuerdo al cumplimiento de determinados indicadores, las cuales oscilaban entre 1.5 y 2 millones de pesos mensuales; sin embargo, no recibió el pago de estas últimas pese a los continuos requerimientos que realizó. Indica que Román Aguilar y Lady Peña, en representación de la empresa, en todo momento le manifestaron que se encontraban examinando los indicadores *para revisar “el tema contractual”*, además, le solicitaron un proyecto de la tabla de bonificaciones para tener en cuenta dicho pago, el cual envió a la Gerencia General sin recibir objeciones, que daba cuenta de un cumplimiento del 100% de las metas. Sostiene que la falta de reconocimiento de las bonificaciones le generó un perjuicio económico, tanto así que debió desistir de un proyecto de vivienda al no contar con el dinero que se había garantizado *pese a que cumplía con sus obligaciones laborales*. Por otra parte, indica que desde julio de 2019 la demandada pagó una bonificación en suma de \$1.000.000 *como consecuencia de que asumió labores adicionales para las que no fue contratado*, la cual no se pactó como no constitutiva de salario y que, en todo caso, remuneraba directamente sus labores, no obstante, esta suma no fue tomada en cuenta para el cálculo de sus

Exp. 10 2021 00096 01
Julián Adolfo Carvajal Navarro contra Smartprocess Colombia S.A.S.

acreencias laborales ni de su indemnización por despido sin justa causa. Indica que solicitó el reconocimiento de las bonificaciones pendientes pero la empresa de *manera evasiva y fraudulenta* le indicó que no le asistía dicha obligación (ver demanda folios 1 a 9 archivo 01, primera instancia).

Por auto del 1 de junio de 2023 se tuvo por no contestada la demanda por parte de SMARTPROCESS COLOMBIA S.A.S. (archivo 15, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de septiembre de 2023, en la cual la Juez Décima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que entre las partes existió un contrato de trabajo del 4 de marzo de 2019 al 29 de abril de 2020 que terminó por despido sin justa causa, en virtud del cual el trabajador devengó una bonificación mensual entre los meses de julio a diciembre de 2019 de \$1.000.000 la cual tenía carácter salarial. En consecuencia, condenó a la demandada a reliquidar las prestaciones sociales, aportes a seguridad social causados en ese periodo, así como la indemnización por despido sin justa causa, y dispuso el pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T a partir del 30 de abril de 2020 hasta cuando se verifique el pago, absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión, consideró que, con las pruebas aportadas al expediente y las sanciones impuestas por la falta de contestación de la demanda y la inasistencia de la demandada a absolver el interrogatorio de parte, se acreditó el vínculo que existió entre las partes en las fechas referidas y el modo de terminación. Frente a las *bonificaciones* reclamadas por el demandante, presuntamente adeudadas entre el 2019 y el 2020, no halló prueba del acuerdo celebrado sobre su causación, tampoco de los indicadores que se tomarían como base para el cálculo. Respecto a la bonificación de \$1.000.000 encontró que esta se pagó entre julio y diciembre de 2019 y tenía naturaleza salarial por ser retributiva del servicio. Por esa razón, procedía la reliquidación de las prestaciones sociales del año 2019 a favor del demandante y de la indemnización por despido sin justa causa que se le pagó

Exp. 10 2021 00096 01
Julián Adolfo Carvajal Navarro contra Smartprocess Colombia S.A.S.

a la finalización del contrato de trabajo. Condenó al pago de la sanción moratoria por no encontrar prueba de la buena fe.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre JULIÁN ADOLFO CARVAJAL NAVARRO y la sociedad demanda SMARTPROCESS COLOMBIA S.A.S. entre el 4 de marzo 2019 hasta el 29 de abril de 2020 en el cargo de Director de Operaciones devengando un salario básico de \$5.000.000 de pesos y que devengó para los meses de julio a diciembre del año 2019, una bonificación salarial de \$1.000.000 y que el contrato terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador, de conformidad a lo señalado en la parte considerativa de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR que no hay derecho al reconocimiento y pago de bonificaciones correspondientes a 1.5 a 2.000.000 de pesos mensuales, que no hay lugar a la reliquidación de cesantías, intereses a la cesantía, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa y aportes a la Seguridad Social por este concepto, en consecuencia, se ABSUELVE a la demandada del pago de estas bonificaciones y reliquidaciones de conformidad con la parte considerativa. TERCERO: DECLARAR que la bonificación de \$1.000.000 que devengó el demandante en los meses de julio a diciembre del año 2019 o la suma de \$1.000.000 es una bonificación de carácter salarial, y por tanto es factor salarial para el pago de prestaciones sociales, y dado que no obra prueba de haberse liquidado las prestaciones sociales teniendo en cuenta esta bonificación, hay lugar a reliquidar los derechos laborales de cesantías, intereses de las cesantías, primas de servicios y aportes en pensiones para el año 2019 y, en consecuencia, se ABSUELVE a la demanda de la pretensión de reliquidar vacaciones y aportes en salud y ARL por el año 2020 periodo en el cual no se demostró haber devengado la bonificación de \$1.000.000 de conformidad a lo expuesto en la parte motiva. CUARTO: Se CONDENA a la demandada SMARTPROCESS COLOMBIA S.A.S. a cancelar a favor del demandante JULIÁN ADOLFO CARVAJAL NAVARRO los siguientes*

Exp. 10 2021 00096 01
Julián Adolfo Carvajal Navarro contra Smartprocess Colombia S.A.S.

conceptos y las siguientes sumas por concepto de reliquidación de cesantías del año 2019 sobre la bonificación de \$1.000.000 la suma de \$500.000; por intereses a las cesantías del año 2019 reliquidación de \$49.500; por reliquidación de prima de servicios de 2019 \$500.000, segunda prima del año 2019, y la diferencia de indemnización de artículos 64 del código sustantivo del trabajo por despido sin justa causa una diferencia de \$9.085 que deberá pagarse debidamente indexada, y por concepto de indemnización del artículo 65 del Código sustantivo de trabajo, la suma de \$120.000.000 de pesos por los primeros 24 meses y deberá a partir del inicio del mes 25, esto es, el 30 de abril del año 2020 deberá pagarse intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las sumas adeudadas al demandante por las cuales se emitió condena correspondientes a cesantías, intereses a la cesantía, primas de servicios, hasta la fecha efectiva de pago conforme a la parte considerativa, y también se le condena al pago de la diferencia de aportes a Seguridad Social por el periodo comprendido del 1 de julio del año 2019 al 31 de diciembre de 2019 sobre la diferencia de un ingreso base de cotización de \$1.000.000 de pesos con destino a la AFP PORVENIR S.A. con el pago de intereses de mora establecidos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993. Todo lo anterior de conformidad a la parte considerativa de esta providencia. QUINTO: Se CONDENAN en COSTAS de esta instancia a la parte demandada a favor de la parte demandante las cuales deberán ser tasadas por Secretaría e incluir como agencias en derecho la suma de \$3.000.000” (Audiencia virtual, archivo 20, récord 1:21:48, primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la parte demandante afirma que se acreditó con los correos electrónicos el pacto al que llegaron las partes sobre el pago de unas bonificaciones que oscilarían entre 1.5 y 2 millones de pesos mensuales, según el cumplimiento de indicadores, medio de prueba que a su juicio resultan válidos aunque no se hubiera aportado en *formato electrónico* porque perdió el

Exp. 10 2021 00096 01

Julián Adolfo Carvajal Navarro contra Smartprocess Colombia S.A.S.

acceso a su correo institucional, además la llamada a desvirtuar la autenticidad de los correos electrónicos era la demandada. Con respecto al cumplimiento de las metas manifiesta que en aquellos eventos en que no fue del 100% también se debía pagar pero no con \$2.000.000 sino con una reducción de su valor¹ (Audiencia virtual, archivo 20, récord 1:27:14, primera instancia).

¹ *“Me permito interponer recurso de apelación en contra digamos, de las decisiones que no son beneficiosos de acuerdo a las pretensiones presentadas en la demanda, particularmente en cuanto al reconocimiento de las bonificaciones causadas entre el año 2019 y 2020 y la consecuente a la reliquidación en relación con estas bonificaciones de las acreencias laborales y los aportes a la seguridad social sin embargo, sobre las demás decisiones tomadas por parte de este juzgado, nos encontramos de acuerdo.*

Juez: *Doctora, primero clarifique de cuáles bonificaciones se refiere, porque hay dos clases de bonificaciones y segundo, cuáles son los soportes de su apelación porque hasta ahora me está diciendo que no está de acuerdo, pero no me dice cuáles son las razones del ataque a la sentencia.*

1:28:15 Claro que sí, las bonificaciones a las que hago referencia son las bonificaciones que se pactaron de manera verbal entre mi cliente y la empresa SMARTPROCESS entre unos valores que oscilaban entre 1.5 y 2.000.000 mensuales por el cumplimiento de los objetivos digamos que el punto álgido central de esta apelación recae sobre la validez, o digamos, autenticidad de los correos electrónicos que fueron aportados como medios probatorios justamente para soportar la existencia de este acuerdo de las bonificaciones, vale la pena mencionar que tal y como se observa en los correos electrónicos allegados en los mismos fueron enviados y recibidos desde los correos electrónicos corporativos de la empresa SMARTPROCESS directamente el correo electrónico de mi cliente fue o bueno era en su momento jcarvajal@smartprocessgroup.com correo al que él solo tuvo acceso hasta la terminación del contrato laboral que se encontraba vigente en su momento y digamos que el acceso que él tuvo a estos correos fue previa a la terminación, dado que digamos las circunstancias que se venían presentando en lo que pudo hacer en la medida de lo posible, fue enviarse a estos correos electrónicos a su correo personal con el objetivo de puedes tener algún elemento probatorio que le permitiera sustentar la existencia de estas, pues de estas bonificaciones, sin embargo, pues una vez se dio terminación a la relación laboral, el quedó sin acceso a este correo electrónico, por lo que no se pudieron allegar dentro del proceso los correos electrónicos, digamos en el formato electrónico, sino que se hizo necesario aportar la prueba de la cual fue de alcance de mi poderdante además es preciso indicar que pues dada la no respuesta por parte demandada, genera, digamos la llamada a desvirtuar la autenticidad de estos correos electrónicos tampoco, pues se pudo obtener el mensaje de datos o el correo electrónico en debida forma y pues digamos que es el medio probatorio del cual se tuvo acceso adicionalmente, es preciso que se tenga en cuenta en relación con el hecho décimo segundo cuando hablamos del cumplimiento de los objetivos y digamos, el cumplimiento de las obligaciones del señor Julián como empleado quisiera precisar que el tema del cumplimiento de los objetivos, cuando él dice que no se cumplieron en un 100%, no hace alusión entonces a que no hay lugar al pago de la bonificación que se había acordado, sino que justamente esta bonificación no se iba a dar por el 100% en el entendido de que si el cumplimiento del objetivo se daba al 100%, el pago sería de 2.000.000. entonces que sucede en los eventos en que el cumplimiento de los objetivos no se dio en el 100%, el pago de la bonificación fue inferior y por eso es que no todos los meses digamos que se estableció un pago de comisión, perdón, de bonificación de 2.000.000, sino que se veía reducido de acuerdo a si se cumplió o no en su totalidad el indicador, no obstante, el hecho décimo segundo de la demanda hace referencia a que el señor Julián siempre dio cumplimiento de las obligaciones que tenía en razón de su calidad de empleado y de conformidad con las órdenes que emitían

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 4 de marzo de 2019 y el 29 de abril de 2020, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador con el pago de la correspondiente indemnización (folio 38, primera instancia); (ii) que el demandante devengó como salario fijo mensual la suma de \$5.000.000; (iii) que la bonificación que recibió el trabajador entre julio y diciembre de 2019 en cuantía de \$1.000.000 mensuales, tiene carácter salarial; (iv) que la demandada adeuda al demandante las diferencias causadas por la inclusión de este concepto en la liquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social del año 2019.

En consonancia con el único recurso de apelación, el propuesto por el demandante, el Tribunal debe definir si hay lugar o no al reconocimiento de las bonificaciones solicitadas por el actor correspondientes a las anualidades 2019 y 2020, y en dado caso si se deben reliquidar las prestaciones sociales y la indemnización por despido sin justa causa.

BONIFICACIONES: Para resolver sobre esta materia de la apelación, 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 le dé (como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del

el empleador por su parte, además, es preciso indicar además también que dentro de la documentación aportada como pues ya lo indiqué específicamente los correos pese, digamos a qué hay una discusión frente al, digamos, como a la forma en la cual se iban a causar o en la causal, sino hacen el cobro de las respectivas bonificaciones nunca hubo un desconocimiento por parte del empleador digamos en este caso representado por el gerente general de la compañía, el señor Román, en compañía también un poco de las aseveraciones realizadas por la Directora financiera nunca hubo un desconocimiento de este acuerdo, sino que, por el contrario se mostraban evasivos a realizar el pago lo que no digamos se entiende digamos parece que el acuerdo no existió.”

trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas o comisiones), es salario.

Con base en esta regla, cuando el trabajador demuestra en el proceso judicial que el pago fue efectuado por el empleador o que se causó, y que se hizo para retribuir el servicio, el juez le debe asignar naturaleza salarial.

Sobre esta materia, la sentencia C-710 de 1996 en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley y tiene por ello efectos de cosa juzgada constitucional, y es de forzosa aplicación para todos los jueces, 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 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”*. Advirtió 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 fundamentos normativos y jurisprudenciales, y revisado el acervo probatorio del expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que negó el pago de las bonificaciones solicitadas por el demandante para las anualidades 2019 y 2020, pues ninguno de los medios de prueba que se incorporaron al expediente acreditan que la demandada se hubiera obligado

Exp. 10 2021 00096 01

Julián Adolfo Carvajal Navarro contra Smartprocess Colombia S.A.S.

a su pago, menos aún, cuáles fueron las condiciones para su cálculo o liquidación.

La carga de probar tales hechos en el proceso la tenía el demandante a tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., según el cual, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen”*.

No resultan útiles para el efecto los extractos de correos electrónicos que militan a folios 15 a 26 del archivo 01 (primera instancia) pues no se aportaron en un formato del que se pueda verificar la autenticidad y veracidad de su contenido. Se trata de apartes que fueron cortados y pegados sobre un documento, que podrían o no haber sido alterados, y no de impresiones o pantallazos de estos correos.

Tampoco las *evidencias WhatsApp* (folios 36 a 30 *ibídem*) en las que se relacionan presuntas conversaciones sostenidas con el Gerente General y con la Directora Financiera, porque no se expresan sus nombres, números de teléfono o alguna otra información de la que se pueda constatar la identidad de quienes intervienen en la conversación y su vínculo con la llamada a juicio, además, también se trata de textos copiados sobre un documento del que ni siquiera se puede establecer el medio o canal a través de la cual se sostuvo el diálogo.

Si bien es cierto estos medios de prueba no fueron desconocidos ni tachados por la demandada, ésta no compareció al proceso lo que impedía aceptar o negar su autoría o la participación en los mismos.

En todo caso, y aun si se pudiera dar validez probatoria a estos documentos, y particularmente a los correos electrónicos, lo cierto es que de su contenido no es posible establecer que el demandante y su empleador hubieran acordado de manera previa a la vinculación del trabajador el pago de una

Exp. 10 2021 00096 01

Julián Adolfo Carvajal Navarro contra Smartprocess Colombia S.A.S.

bonificación mensual que oscilaría entre 1.5 y 2 millones de pesos dependiendo del cumplimiento de indicadores, como se alega en la demanda, pues los únicos textos de donde se deriva esa circunstancia es de los mensajes que envió el mismo demandante a Román Aguilar y Lady Lizeth Peña Castro, a los que estos respondían -precisamente- que iban a verificar *el tema contractual* y que se remitiera la tabla de bonificaciones para que una vez *tomaran una decisión al respecto* se pudieran reunir para definir el tema (folios 18, 19, archivo 01). *Tema* que, de hecho, para el 8 de noviembre de 2019 no se había definido, pues en un correo de esa fecha el demandante manifiesta que queda “*atento a la definición de las bonificaciones acordadas*” (folio 23 *ibídem*), tampoco para el 2 de enero de 2020, porque para ese momento se le informó que “*en la semana del 13 al 18 de enero estaremos definiendo los bonos del año 2019, para ser desembolsados*” (folio 26 *ibíd*).

A lo anterior se suma que mediante escrito adiado 20 de mayo de 2020 y en respuesta a la petición que el demandante presentara, SMARTPROCESS COLOMBIA S.A.S. negó la existencia de esa obligación contractual, o que se hubieren acordado bonificaciones de ningún tipo (folios 41 a 46, archivo 01 primera instancia).

De todas formas y de concluirse que sí estaba acordado dicho pago a partir de la confesión ficta que se aplicó por la inasistencia del demandado a la audiencia de conciliación (artículo 77 del C.P.T) respecto de los hechos de la demanda que se refieren a esta temática, la pretendidas bonificaciones en realidad no podrían ser liquidadas judicialmente porque -como lo indicó la juez de primera instancia- no se tiene certeza de los indicadores que el demandante debía cumplir en el cargo, ni de la forma en que el porcentaje o nivel de cumplimiento de estos incidiría en el pago de la bonificación. Solo se tiene la relación entregada por el demandante (de la que no se advierte aprobación por parte de la sociedad demandada), y lo descrito por éste en el interrogatorio de parte que absolvió circunstancia que en manera alguna puede valorarse a su favor.

Exp. 10 2021 00096 01
Julián Adolfo Carvajal Navarro contra Smartprocess Colombia S.A.S.

Era deber de la parte convocante probar lo afirmado ya que los supuestos a los que se ha hecho mención no se pueden derivarse de las solas afirmaciones contenidas en la demanda.

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.
2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo del demandante.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 10 2021 00442 01
Sonia Amada Gutiérrez Rivero 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 SONIA AMADA GUTIÉRREZ RIVERO CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 25 de enero de 2024 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, SONIA AMADA GUTIÉRREZ RIVERO 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 *ineficaz* su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de PORVENIR, por una falta al deber de información. En consecuencia, pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, y a COLPENSIONES aceptarlos y mantenerla afiliada sin solución de continuidad (ver demanda folios 01 a 21 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 10 2021 00442 01
Sonia Amada Gutiérrez Rivero Contra Colpensiones y Otro.

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que no se demuestra con las pruebas allegadas al plenario la configuración de algún vicio del consentimiento en el acto de afiliación de la demandante, ni tampoco alguna vulneración a la voluntad que se dio de manera libre en aplicación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Señala que la demandante no cumple con lo estipulado en el literal e) del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por encontrarse dentro de los diez años para adquirir la edad de pensión. Presentó como excepciones de mérito las de *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 02 a 11 archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen pensional que efectuó la demandante estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, y es improcedente declarar un error de derecho, aunado a que la demandante no aporta prueba alguna que dé cuenta que el acto de traslado se hubiera realizado con bajo algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que la demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse en los plazos legales y no lo hizo. Formuló las excepciones de fondo: *deber de información a cargo de las AFP –no hay retroactividad en la norma para exigir obligaciones no existentes en el momento del traslado, efectos de la ineficacia de un acto jurídico, restituciones mutuas, enriquecimiento sin causa si no se dan las Restituciones mutuas, improcedencia de devolución de gastos de administración y prima del seguro previsional, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y prescripción* (ver contestación folios 3 a 31, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 10 2021 00442 01
Sonia Amada Gutiérrez Rivero Contra Colpensiones y Otro.

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de enero de 2024 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 aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLPATRIA hoy AFP 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 literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen realizado por la demandante, la señora SONIA AMADA GUTIÉRREZ RIVERO, mediante la suscripción de afiliación con la AFP COLPATRIA, hoy AFP PORVENIR , el día 26 de julio del año de 1994, por no haberse cumplido con el deber de información con la administradora de fondos de pensiones, en cuanto a dar a conocer las características, ventajas, desventajas y la incidencia del traslado de régimen pensionado del derecho pensional de la demandante y se restablece, sin solución de continuidad y consecuencia, con la ineficacia del traslado al régimen de prima media, régimen de ahorro individual, la afiliación de la demandante al régimen de prima media, hoy administrado por COLPENSIONES, de conformidad respecto a la parte considerativa de esta providencia. SEGUNDO: SE CONDENAN a COLPENSIONES, a recibir y restablecer la afiliación de la señora SONIA AMADA GUTIÉRREZ RIVERO, al régimen de prima media sin solución de continuidad, como si nunca se hubiera trasladado, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia. TERCERO: SE CONDENAN a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., hacer la devolución con destino al régimen de prima media administrada por COLPENSIONES, de todas las sumas de dinero recibidas en la cuota individual de la señora SONIA AMADA GUTIÉRREZ RIVERO, correspondientes a cotización, frutos e intereses bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado y asimismo deberá incluir la devolución de gastos de administración prima de los seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes de garantía de pensión mínima con cargos de*

EXP. 10 2021 00442 01

Sonia Amada Gutiérrez Rivero Contra Colpensiones y Otro.

sus propias utilidades y debidamente indexados deberá allegar a COLPENSIONES, las documentales que permiten establecer que se hace la devolución en nombre de la demandante y las documentales que den a conocer cuáles fueron los ciclos cotizados, el ingreso a base de cotización, valor de las cotizaciones, rendimientos, intereses, bonos y así mismo, cuáles fueron las sumas descontadas por gastos de administración, suman de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes de garantía de pensión mínima para que COLPENSIONES, pueda determinar que se hace la devolución de los términos indicados por esta sentencia se otorga a la AFP PORVENIR, en término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutora de la presente providencia para hacer la devolución ordenada, todo ello de conformidad a la parte motiva de la providencia. CUARTO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que de manera inmediata a la ejecutorita de la providencia registre en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas durante su vinculación en el RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., asimismo, una vez ingresen las sumas provenientes de PORVENIR, deberá establecer y hacer la revisión si efectivamente se está haciendo la devolución en los términos indicados en la parte considerativa de esta sentencia. QUINTO: SE DECLARAN no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES, y la AFP PORVENIR S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa. SEXTO: SE CONDENA en costas de esta instancia a la AFP PORVENIR y a COLPENSIONES, a favor de la parte actora deben ser tasadas por secretaría y se debe incluir como agencias en derecho a cargo de la AFP PORVENIR, en la suma de \$1.250.000, y como costas incluyendo como agencia en derecho a cargo de COLPENSIONES, como agencia en derecho a la suma de \$450.000. SÉPTIMO: DE NO SER APELADA esta providencia debe surtir el grado jurisdiccional de consulta ante la sala laboral del honorable tribunal superiores de distrito judicial por las condenas impuestas a COLPENSIONES.” (Audiencia virtual, récord 19:21, archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. pide que se revoque la condena de indexación, afirma que esta se compensa con los rendimientos y los gastos administrativos no han perdido el poder adquisitivo, contrario a ello se incrementó el saldo con los rendimientos. Pide que se revoque la condena en

EXP. 10 2021 00442 01

Sonia Amada Gutiérrez Rivero Contra Colpensiones y Otro.

costas pues ha gestionado la administración de los recursos o aportes de manera correcta y conforme las previsiones legales¹ (Audiencia virtual, récord 2:13:56, archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Afirma que el traslado de la demandante se dio con el cumplimiento de las normas vigentes para la época y no se pueden aplicar requisitos dispuestos en normas posteriores. Solicita, en caso de confirmarse la sentencia, que se confirme la orden de reintegrar la totalidad de las cotizaciones y que se condicione el cumplimiento de las obligaciones al reintegro de los recursos² (Audiencia

¹ *“gracias su señoría siendo el momento oportuno procesal correspondiente, reservándome el derecho de ampliar el inconformismo ante el superior jerárquico apeló la decisión de este despacho frente a la indexación ordenada, pues, como se manifestó en los alegatos de conclusión nos apegamos a las consideraciones del tribunal de cali en las sentencias anteriormente mencionadas aunado a ello es pertinente aclarar que en este caso puntual, las sumas correspondientes a los gastos administrativos no han perdido el poder adquisitivo contrario a ello estos gastos lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora además de ello es de indicar que conforme lo evidencia la presente litis porvenir, ha cumplido con todas las obligaciones impuestas y además de ello contar con la voluntad de realizar el traslado de los aportes ahora bien frente a la condena en costas es pertinente indicar que al estar mi representada al comparecer por las razones esbozadas en los alegatos pronunciados con anterioridad no es oponible la condena, pues no existe entorpecimiento alguno por parte de mi representada por otro lado es de mencionar que porvenir acogiendo los principios contractuales ha gestionado la administración de los recursos o aportes de manera correcta basándose en la ley, buscando los mejores rendimientos para sus afiliados, es decir, que conformidad los preceptos legales ha realizado el trabajo convenido de gestión de administración de unos recursos puestos en la cuenta individual de los afiliados. muchas gracias.”*

² *“gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación estando dentro de esta oportunidad y sustentarlo de la siguiente forma honorable magistrado del tribunal superior, en primer lugar es de manifestar que la honorable juez de primera instancia al momento de impartir y declarar la decisión sobre la ineficacia del traslado del régimen a favor de la demandante considerando esa falta del deber de información que tenía la afp al momento de la suscripción de dicho formulario se pasa por alto que para la fecha del traslado, la realidad y la normatividad aplicable al caso, en concreto, según la ley 100 del artículo 3 literal b y e del decreto 692 del año 1994, el decreto 663 del año 1993 se da a plenitud, cuando se nace a esa vida jurídica la voluntad de la persona de querer trasladarse o la aceptación espontánea libre y expresa de un afiliado de querer trasladarse de dicho régimen se manifiesta a través de la firma del formulario de afiliación asimismo cabe resaltar para la fecha de la suscripción de dicho formulario pues no existía la ley 1748 del 2014 ni el decreto 2071 del año 2015, de los cuales pues nace esa obligación que tienen los fondos privados, las afps una doble asesoría con sus afiliados asimismo y a que presente el análisis de la información suministrada que se esboza en el presente proceso y aportada por la afp, en este caso porvenir, y el alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación pues deben de ser valoradas bajo esa normativa vigente para la fecha de la suscripción de dicho formulario o la materialización de este acto o traslado en el presente asunto asimismo, le solicito a ustedes honorables magistrados con el mayor debido respeto se revoque la decisión que se acaba de proferir por la juez de primera instancia, declarando la ineficacia del traslado a favor de la demandante también solicito de manera muy respetuosa que en caso de que se llegare a confirmar esta decisión por ustedes honorables magistrados ruego se mantenga esta condena impuesta a la afp, en el entendido de que esta pues debe reintegrar la totalidad de todas las sumas obrantes de las cotizaciones de una de una larga vida laboral de la parte actora y todos los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al fondo general de pensiones mínimo, rendimientos y bonos pensionales y cuotas de seguros previsionales cuotas de seguros que pena su señoría las cotizaciones que se recibieron a lo largo de una vida laboral asimismo, le solicito a los honorables magistrados que se adicione a la sentencia la condena impuesta a la entidad, la cual me estoy representando con una obligación de hacer a favor de la demandante y su*

EXP. 10 2021 00442 01
Sonia Amada Gutiérrez Rivero Contra Colpensiones y Otro.

virtual, récord 2:15:29, archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

condición del previo cumplimiento de la misma todas las obligaciones que se impongan a la afp, todas que Colpensiones pues no podrá dar cumplimiento a dicha sentencias hasta tanto la afp reintegre la totalidad de los recursos a mí representada muchas gracias su señoría.”

EXP. 10 2021 00442 01

Sonia Amada Gutiérrez Rivero Contra Colpensiones y Otro.

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 32³ años de edad y había cotizado 260,4⁴ 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, 7 meses y 27 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada superaba la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 59 años de edad- ver folio 22 del archivo 01 del expediente digital).

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

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

³ Nació el 21 de septiembre de 1961, folio 22 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de Porvenir folio 76 a 87 archivo 18

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*

EXP. 10 2021 00442 01
Sonia Amada Gutiérrez Rivero Contra Colpensiones y Otro.

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, 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*

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 00442 01

Sonia Amada Gutiérrez Rivero Contra Colpensiones y Otro.

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 AFP 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 de 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 dijo que realizaron una asesora grupal, y luego la asesora de COLPATRIA en asesoría individual le aseguró que le convenía trasladarse al fondo privado porque llevaba cuatro años trabajando y le ayudó a diligenciar el formulario, también le expusieron algunas ventajas de la AFP pero no le pusieron de presente las desventajas ni le informaron las diferencias con el régimen de prima media (Audiencia virtual del 25 de enero de 2024).

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 se puede entender como un *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; 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*

EXP. 10 2021 00442 01

Sonia Amada Gutiérrez Rivero Contra Colpensiones y Otro.

de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO) fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales, los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

EXP. 10 2021 00442 01
Sonia Amada Gutiérrez Rivero Contra Colpensiones y Otro.

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, 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). Ante esta circunstancia, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a PORVENIR, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dicha entidad en el caso bajo estudio.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el

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”.

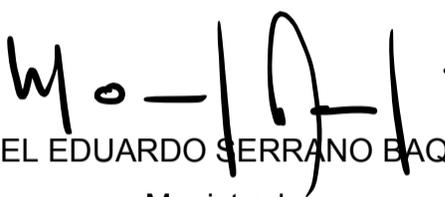
EXP. 10 2021 00442 01

Sonia Amada Gutiérrez Rivero Contra Colpensiones y Otro.

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.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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. 11 2021 00136 01
Hernán Darío Maillane Ramírez 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 HERNÁN DARÍO MAILLANE RAMÍREZ
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 05 de diciembre de 2023 por el Juez Once (11) 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 apoderada, HERNÁN DARÍO MAILLANE RAMÍREZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., 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 del acto mediante el cual se generó su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado el 25 de agosto de 1995 a través de PROTECCIÓN por haberse efectuado antes del término legal, de manera subsidiaria solicita que se declare *ineficaz* su afiliación en el régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado a través de PROTECCIÓN y el posterior traslado a PORVENIR al existir un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias. En

EXP. 11 2021 00136 01

Hernán Darío Maillane Ramírez contra Colpensiones y otros.

consecuencia, pide que se condene a PORVENIR a trasladar los aportes que recibió con motivo de la afiliación junto con los rendimientos, sin descontar los gastos de administración, y se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado y recibir los aportes que le sean trasladados (ver demanda folios 01 a 25 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que la afiliación al RAIS es plenamente válida y eficaz y no existe justificación legal para que declarar su nulidad. Afirma que la vinculación a ese fondo de pensiones estuvo precedida de asesoría clara, completa y comprensible conforme a la normatividad y exigencias de 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 demandante 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, y que un error de derecho no vicia el consentimiento, además, en caso de existir alguna causal de nulidad la acción se encuentra prescrita. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima 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, innominada o genérica, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto y traslado de la totalidad de los aportes a la AFP PORVENIR* (ver contestación folios 02 a 23 del archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 11 2021 00136 01

Hernán Darío Maillane Ramírez contra Colpensiones y otros.

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda. Aduce que el traslado de régimen pensional y el posterior traslado horizontal que efectuó el demandante son válidos como quiera que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, además es improcedente declarar un error de derecho pues las condiciones del RAIS están definidas en una ley, y el demandante no aporta prueba de que la afiliación se hubiera realizado con algún vicio del consentimiento que la haga nul. Sostiene que no es viable que el demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales y no lo hizo. Propuso en su defensa, las excepciones de fondo de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación folios 02 a 40 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda. Afirma que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, y no es posible tenerlo como afiliado del RMP, y que está válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad al suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria pues para ese momento no estaba inmerso en alguna causal de prohibición y suscribió el documento pertinente que prueba la aceptación de las características del RAIS. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación folios 02 a 46, archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 05 de diciembre de 2023 mediante la cual el Juez Once (11) 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

EXP. 11 2021 00136 01

Hernán Darío Maillane Ramírez contra Colpensiones y otros.

(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 al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado el 25 de agosto de 1995, por el señor HERNAN DARIO MAILLANE RAMÍREZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN, así como su posterior traslado a la AFP PORVENIR en 1998, a HORIZONTE en 2008 y su retorno a PORVENIR por fusión en el año 2014, de conformidad en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a devolver con destino a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido estas administradoras así como las administradoras que se fusionaron con estas HORIZONTE para el caso de PORVENIR, las cotizaciones que hubiere recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dicha administradoras del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes que fueron descontados de la cotización y que fueron destinados a los gastos de administración y al fondo de garantía de pensión mínima entendidos estos gastos de administración como las comisiones de administración, y el pago de los seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante HERNAN DARIO MAILLANE RAMIREZ, al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar en la historia laboral del demandante los tiempos cotizados por este en el RAIS. CUARTO: LAS EXCEPCIONES propuestas se declaran imprósperas. QUINTO: CONDENAR en costas a las sociedades PROTECCIÓN S.A Y*

EXP. 11 2021 00136 01
Hernán Darío Maillane Ramírez contra Colpensiones y otros.

PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho a favor de la parte demandante la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes que deberá ser asumida en razón de 1 salario mínimo legal mensual vigente, por cada una de las AFP condenadas. SEXTO: CONCEDER el grado Jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del honorable tribunal superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.” (Audiencia virtual, récord 1:25:38, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSULTA

Como la sentencia fue desfavorable a COLPENSIONES y no fue apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (artículo 69 del CPT y SS) que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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*

EXP. 11 2021 00136 01

Hernán Darío Maillane Ramírez contra Colpensiones y otros.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 38¹ años de edad y había cotizado 597² 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 años y 3 meses)³, y para la fecha de presentación de la demanda superaba la edad mínima dispuesta para acceder al derecho pensional en el RPM (tenía 63 años de edad- ver folios 26 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

¹ Nació el 13 de agosto de 1957, folio 26 archivo 01.

² Ver historia laboral de Oficina de Bonos Pensionales folios 128 a 135 archivo 08

³ Ibidem

EXP. 11 2021 00136 01

Hernán Darío Maillane Ramírez contra Colpensiones y otros.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción⁴,⁵. 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»*. 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,*

⁴ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

EXP. 11 2021 00136 01

Hernán Darío Maillane Ramírez contra Colpensiones y otros.

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 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 de forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que inició sus cotizaciones con el ISS y con la secretaria de Salud, y en el año 1995 se trasladó a PROTECCIÓN,

EXP. 11 2021 00136 01

Hernán Darío Maillane Ramírez contra Colpensiones y otros.

para el momento en que se trasladó al fondo privado el asesor le aseguró que el ISS se iba a acabar pero nada le informó sobre las diferencias, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 30 de noviembre de 2023 min 40:00).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo rendimientos financieros, los porcentajes descontados por gastos de administración y el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones de administración y seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, a cargo de esta y de PROTECCIÓN por el tiempo que estuvo afiliado a cada una de ellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

EXP. 11 2021 00136 01
Hernán Darío Maillane Ramírez contra Colpensiones y otros.

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

SIN COSTAS en la consulta.

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. **SIN COSTAS** en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 12 2021 00550 01
Sonia Marlene Forero Fonseca 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 SONIA MARLENE FORERO FONSECA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2023 por la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, SONIA MARLENE FORERO FONSECA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de PORVENIR. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, y a COLPENSIONES aceptarlos y mantenerla afiliada sin solución de continuidad (ver demanda folios 05 a 12 archivo 01 y subsanación demanda folios 02 a 11 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 12 2021 00550 01
Sonia Marlene Forero Fonseca Contra Colpensiones y Otro.

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 la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la vinculación de la demandante al 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, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la afiliación y el fundamento del RAIS. 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 08 folios 2 a 29).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones de la demanda. Indica que no se demuestra con las pruebas allegadas al plenario la configuración de algún vicio del consentimiento en el acto de afiliación de la demandante, ni tampoco alguna vulneración a la voluntad que se dio de manera libre en aplicación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Señala que la demandante no cumple con lo estipulado en el literal E del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por encontrarse dentro de los diez años para adquirir la edad de pensión. Presentó como excepciones de mérito las de *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 01 a 12 archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de septiembre de 2023 mediante la cual la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP 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

EXP. 12 2021 00550 01
Sonia Marlene Forero Fonseca Contra Colpensiones y Otro.

pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora SONIA MARLENE FORERO FONSECA identificada con cedula de la ciudadanía 51.971.243 del régimen de prima media al de ahorro individual administrado en su momento al de régimen de prima media por el ISS hoy COLPENSIONES y el de ahorro individual por PORVENIR, el 13 de marzo de 2000, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora SONIA MARLENE FORERO FONSECA al régimen de prima medida. TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora SONIA MARLENE FORERO FONSECA tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración con frutos e intereses y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados conforme a lo expuesto. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES, a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR, con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora de la señora SONIA MARLENE FORERO FONSECA, al régimen de ahorro individual y una vez ingresen los dineros, actualice su información en la historia laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, por secretaría. efectúese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, para cada una. SÉPTIMO: EN CASO de no ser apelada la presente decisión por COLPENSIONES, remítase el expediente al tribunal superior de Bogotá sala laboral a fin que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.”* (Audiencia virtual, récord 46:50, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. afirma que cumplió con los requisitos exigidos para la época del traslado entre ellos el deber de información que se acredita con el formulario de afiliación. Solicita se valore el interrogatorio de

EXP. 12 2021 00550 01

Sonia Marlene Forero Fonseca Contra Colpensiones y Otro.

parte de la demandante por resultar contradictorio en lo que tiene que ver con la asesoría posterior al traslado por parte del fondo. Aduce que no resulta dable la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales de manera indexada por cuanto se ordena devolver los rendimientos generados lo que genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES. Solicita que se analice la prescripción, como quiera que los gastos de administración no financian la prestación y pide se revoque la condena en costas¹ (Audiencia virtual, récord 48:48, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“Gracias su señoría encontrándome dentro del momento procesal oportuno de manera respetuosa, me permitió presentar recursos de apelación contra la sentencia de instancia el cual procedo a sustentar de la siguiente manera la suscrita se aparta de la decisión adoptada por la señora juez ya que pues mi representada cumplió con la carga de la prueba que le correspondía de conformidad con el artículo 167 del código general del proceso, ya que como lo manifesté en los alegatos de conclusión pues debe recordarse honorables magistrados que para la fecha en que se produce el traslado del régimen pensional por la señora sonia es decir para el mes de marzo del año 2000, pues el único requisito que se requería para los fondos de pensiones respecto a dejar constancia de la asesoría que se brindó en este caso a la demandante, pues era el formulario de vinculación por ello, pues no es viable que se le endilgue a mi representada una presunta falta del deber de información por cuanto pues como lo menciono dicho formulario pues acredita la asesoría o el cumplimiento que le correspondía para esa época adicionalmente debe tener en cuenta también y de conformidad con el interrogatorio de parte que la demandante en varias de las respuestas a preguntas que le hizo la suscrita pues de manera tajante manifestó que no se puede notar también que no fue un interrogatorio que haya sido de manera espontáneo sino por el contrario, se notaba que a todas las preguntas debía contestar, no, inclusive al principio, cuando se le preguntó que si había solicitado algún tipo de proyección pensional ante porvenir indicó que no pero de manera posterior se contradijo ella mismo respecto a que efectivamente sí se había acercado a porvenir a solicitar dicha documentación por lo anterior pues ese interrogatorio de parte solicitó también pues no se ha tenido en cuenta de otro lado debe tenerse en cuenta honorables magistrados y respecto a la condena a mi representada de devolver lo correspondiente a gastos de administración y seguro provisional, entre otros rubros de manera indexada, pues la misma también resulta ser improcedente ya que pues resulta inequitativo pues para este fondo que se deba retornar dichos rubros cuando mi representada y de conformidad con las normas en su momento vigente es decir la ley 100, pues descontó un porcentaje el cual se contra habilitada para efectuar unos rendimientos los cuales tampoco sería dable que se retornen a Colpensiones ya que pues se confirmará la decisión de ineficacia pues por ende no existiría una afiliación y por ende pues dichos en ningún momento se habría generado pues tales rendimientos adicional a ello, pues se estaría generando un doble pago también a Colpensiones ya que dicha entidad pública también cuenta con la facultad de descontar un porcentaje relativo para esos gastos de administración caso diferente qué pasa con el régimen privado es que esa rentabilidad, que ese fondo público genera pues van destinados a un fondo común, que son los que financian las prestaciones económicas de todos sus afiliados caso diferente qué pasa en el régimen de ahorro individual que pues esa rentabilidad va destinada pues directamente a la cuenta de ahorro individual por lo anterior reitero, pues debido a que dicha entidad también efectúa esos aportes pues se estaría generando un doble pago respecto a la procedencia de devolver lo correspondiente al seguro previsional, pues debe tenerse en cuenta honorables magistrados que de conformidad con el artículo 108 de la ley 100 de 1993 pues se debía adquirir una póliza de aseguramiento por ende pues esos recursos del esquema de aseguramiento pues no sería dable retornarlos ya que pues son prestaciones acaecías y fueron debidamente destinadas ya para terminar debe recordarse que los rubros respecto de gastos de administración y seguro provisional no hacen parte de la cuenta de ahorro individual y por ende no financian las prestaciones económicas por lo anterior pues dicho rubros tampoco uso es procedente que se retornen a Colpensiones por lo que a futuro y si en el eventual caso en que la demandante decía solicitar algún tipo de pensión pues no habría afectación alguna por ende estos rubros son susceptibles de que se les aplique el fenómeno prescriptivo por lo anterior también solicitó se estudie nuevamente dicha excepción respecto a la condena en costas también solicitó sea desestimada, ya que pues mi representada ha actuado de buena fe durante todo este periodo de vinculación de*

EXP. 12 2021 00550 01

Sonia Marlene Forero Fonseca Contra Colpensiones y Otro.

En el recurso COLPENSIONES, pide que se revoque la sentencia. Afirma que el traslado de la demandante se dio cumpliendo las normas vigentes para la época, y no se podía exigir el cumplimiento de normas expedidas con posterioridad. Aduce que no puede ser favorecida ni perjudicada con el acto jurídico que fue ajeno a esa administradora. Considera que el traslado de la demandante afecta la sostenibilidad financiera del sistema y solicita, en caso de confirmarse la sentencia, que se confirme la orden de reintegrar la totalidad de las cotizaciones y se condicione el cumplimiento de las obligaciones al reintegro de los recursos² (Audiencia virtual, récord 54:26, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

conformidad con el artículo 112, la ley 100 de 1993 por todas las líneas le solicito a los honorables magistrados, revocar la sentencia de instancia y su lugar absolver a mi representado muchas gracias.”

² *“gracias señora juez, de manera respetuosa y siendo la oportunidad procesal me permito interponer y sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos es claro mencionar que por parte de este despacho al momento de su decisión de declarar la ineficacia del traslado del régimen de la demandante consideró esa falta de información que tenía la afp al momento de la suscripción del formulario de afiliación sin embargo pues se pasó por alto que para la fecha del traslado, esto es, el 01 de mayo del 2000 pues la realidad del momento según la normatividad aplicable para la ley 100 de 1993, artículo 13, literal, b y e, decreto 692 de 1994 y decreto 663 de 1993, pues esto únicamente hacían válido dicha afiliación pues con la aceptación espontánea libre expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, pues ésta se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación el cual en el asunto, pues se dio a plenitud de conformidad con el material probatorio que obra dentro del expediente asimismo cabe resaltar para la fecha de la suscripción y firma del formulario, pues no existía la ley 1748 del 2014, en el decreto 2071 del 2015, con los cuales nace esa obligación de las afp de una doble asesoría a sus afiliados y por ende el análisis de la información suministrada por la afp y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, pues tuvieron que haber sido valoradas bajo la normatividad vigente para dicha data es por ello que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información que no están previstos en el ordenamiento jurídico al momento del traslado del régimen, pues tal exigencia se desvirtúa al principio de confianza legítima, teniendo en cuenta el principio de la legalidad y el debido proceso, pues que esos no consisten solamente en las posibilidades de la defensa o en la oportunidad que se da para interponer recursos sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de nuestra constitución el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga es de recordar que los actos jurídicos pues en principio tienen efectos Inter partes, y las consecuencias que se derivan de la celebración de dicho acto, pues deben de repercutir sobre las partes involucradas es por ello honorables magistrados que la entidad a la que represento, pues no puede resultar de ninguna manera ni favorecida ni mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y la afp porvenir finalmente y dicho lo anterior pongo a su consideración honorable magistrado en este asunto que le administradora colombiana de pensiones colpensiones pues resulta lesionada con la decisión dada por este despacho en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, el cual se encuentra consagrado en artículo 48 de nuestra constitución política igualmente pues reitero a los honorables magistrados que el artículo dos de la ley 797 del 2003, con la cual nace esa provisión expresa que tiene el afiliado, pues que no se podrá trasladar de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de derecho a la pensión de vejez, esto en virtud de proteger la sostenibilidad financiera del sistema ahora bien en caso de que se llegase a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal pues ruego se mantenga la condena impuesta a la afp, en el entendido, pues que esta debe de reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió esto es los recursos de la cuenta individual las cuotas abonadas, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración y demás a que hayan lugar asimismo, pues solicitó a los honorables magistrados que se adicionen a la sentencia de la condena impuesta a la entidad que represento con una obligación de hacer a favor de la demandada en virtud de que*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

se condicione ese cumplimiento de las obligaciones que se impone a la afp, toda vez que Colpensiones, pues no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la afp reintegre todos los recursos a mí representar, y de esta manera pues se actualice la información en su hoja, en su historial laboral con lo anterior, pues dejo sustentado mi recurso de apelación señora juez, muchísimas gracias.”

EXP. 12 2021 00550 01
Sonia Marlene Forero Fonseca Contra Colpensiones y Otro.

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 30³ años de edad y había cotizado 246,3⁴ 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 meses y 9 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 52 años de edad- ver folio 15 y 16 del archivo 01 del expediente digital).

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

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

³ Nació el 25 de abril de 1969, folio 15 y 16 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de Porvenir folio 31 a 38 archivo 08.

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*

EXP. 12 2021 00550 01
Sonia Marlene Forero Fonseca Contra Colpensiones y Otro.

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, 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*

los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 12 2021 00550 01

Sonia Marlene Forero Fonseca Contra Colpensiones y Otro.

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 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 de 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 dijo que en su lugar de trabajo - Megabanco- se acercaron en el mes de marzo del año 2000 unos asesores del fondo y realizaron una asesoría en la cual les dijeron algunas ventajas del fondo privado como acceder a la pensión a una edad más temprana, que el ISS se iba a quebrar, y que les aseguraban una pensión o igual o mejor, pero nada dijeron sobre las demás características, ventajas o desventajas del traslado ni información comparativa de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 25 de enero de 2024).

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 se puede entender como un *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; 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*

EXP. 12 2021 00550 01

Sonia Marlene Forero Fonseca Contra Colpensiones y Otro.

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, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración con sus frutos e intereses debidamente indexados, pues así lo tiene definido la Corte (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 implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, valores que, para la Corte, se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a PORVENIR, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dicha entidad en el caso bajo estudio.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES

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

EXP. 12 2021 00550 01
Sonia Marlene Forero Fonseca Contra Colpensiones y Otro.

obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional 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, 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 las 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 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.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 12 2021 00550 01
Sonia Marlene Forero Fonseca 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. 13 2020 00329 01
Fernando Briceño Ortiz contra Solinoff Corporation S.A.S.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE FERNANDO BRICEÑO ORTIZ CONTRA
SOLINOFF CORPORATION S.A.**

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de consulta, la sentencia dictada el 9 de agosto de 2023 por la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra con las cuales se procuraba el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, FERNANDO BRICEÑO ORTÍZ presentó demanda contra SOLINOFF CORP S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que su contrato de trabajo terminó por despido sin justa causa. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T. junto con los perjuicios morales causados y la indexación.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 16 de junio de 1993 suscribió con ARCHIMOVIL Y EQUIPOS LTDA empresa que fue absorbida por SOLINOFF CORPORATION S.A., un contrato de trabajo a término indefinido. En el año 2007 fue ascendido al cargo de *supervisor de planta*. Indica que de manera sorpresiva y sin notificación previa, el 21 de noviembre de 2017, a las 7:30 a.m. se inició una diligencia de descargos con base en una queja dirigida a FABIO GONZÁLEZ VARGAS que no guardaba relación alguna

Exp. 13 2020 00329 01
Fernando Briceño Ortiz contra Solinoff Corporation S.A.S.

con sus funciones. En dicha sesión iniciaron informándole que no se trataba de *un juicio de responsabilidades, que se pretendía establecer el grado de responsabilidad por algunas acciones u omisiones en las que hubiera podido incurrir* en las funciones y responsabilidades a su cargo. Finalizados los descargos y en esa misma fecha, se le notificó la terminación del contrato de trabajo aduciendo como justa causa el contenido del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el numeral 6 del artículo 62 del C.S.T. Su último salario fue de \$3.271.000 (ver demanda folios 1 a 8 archivo 02, primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por SOLINOFF CORPORATION S.A.S. a través de apoderado judicial. Aceptó los hechos relativos al contrato de trabajo suscrito por el actor con ARCHIMOVIL Y EQUIPOS LTDA., la absorción de esa empresa por parte de SOLINOFF el 1 de julio de 2005, la promoción al cargo de Supervisor de Planta en 2007, el pago de acreencias y el despido unilateral. Los demás los negó. Se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto -a su juicio- el contrato de trabajo que sostuvo con el demandante terminó debido a una causal objetiva, sustentada en el numeral 6 del artículo 62 del C.S.T., por cuanto se materializó un incumplimiento grave a las obligaciones que como trabajador le asistían de acuerdo con la ley y el contrato. Ello, debido a que constituyó y trabajó en una compañía denominada HEFFESTOS DISEÑO E INGENIERÍA S.A.S. la cual desarrolla el mismo objeto social de su empleador -*diseño y desarrollo de muebles para oficina, vivienda horizontal, instalación de películas, fábrica de productos metálicos de uso estructural*-, sin previo aviso a la empresa y pese a que se pactó de manera clara la exclusividad como cláusula de la ejecución de la labor a desempeñar. Además, indicó que en la empresa cuentan desde el 3 de octubre de 2003, con una política de conflicto de intereses en la que de manera clara y precisa se dispusieron las conductas que no podían realizar los trabajadores so pena de verse inmerso en las prohibiciones y constituir causales para terminar el contrato de trabajo, como ocurrió en el caso del demandante. En su defensa propuso como excepción previa la de prescripción y de mérito aquellas que denominó: *cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe, mala fe del demandante* y la innominada o genérica (folios 1 a 14, archivo 12 primera instancia).

Exp. 13 2020 00329 01
Fernando Briceño Ortiz contra Solinoff Corporation S.A.S.

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de agosto de 2023, mediante la cual el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión la juez estimó que la empresa surtió de manera adecuada el procedimiento previsto para poner fin al contrato de trabajo conforme a los lineamientos del reglamento interno, y el despido no se considera una sanción disciplinaria. Por otro lado, encontró acreditado el hecho del despido y la contravención del demandante a la cláusula de exclusividad que pactó con el empleador, al constituir una empresa con similar objeto al de la demandada. A juicio del juzgado, no resultaba arbitraria la imposición de una cláusula de exclusividad dentro del contrato o la imposición de la prohibición de asociarse para crear empresas con similar objeto social al empleador, puesto que ello es una potestad con la que cuenta para salvaguardar sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad SOLINOFF CORPORATION S.A.S. de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor FERNANDO BRICEÑO, conforme a lo antes expuesto. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuesta por la demandada por las anteriores consideraciones. TERCERO: SIN COSTAS en esa instancia. CUARTO: En caso de no apelarse esta decisión, se concederá el grado jurisdiccional de consulta en favor del señor promotor de la litis en los términos del artículo 69 del C.P.T. y la S.S.”
(Audiencia virtual, archivo 25 primera instancia, récord 25:24)

CONSULTA

Como la sentencia fue desfavorable al demandante y no fue apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (artículo 69 del CPT y SS) que pasa la Sala a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia, por estar contenidos en la sentencia y no haber sido apelados, los siguientes hechos relevantes para la decisión que

Exp. 13 2020 00329 01
Fernando Briceño Ortiz contra Solinoff Corporation S.A.S.

tomará la Sala: (i) que el 16 de julio de 1993 el demandante y la sociedad ARCHIMOVIL Y EQUIPOS LTDA suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido, empresa que fue sustituida patronalmente por SOLINOFF CORPORATION el 1 de julio de 2005, fecha en que absorbió a dicha compañía; (ii) que el vínculo finalizó el 21 de noviembre de 2017 por decisión unilateral de la demandada.

El Tribunal debe definir si se ocurrió o no en un despido sin justa causa que dé lugar al pago de la indemnización reclamada.

Para definir si la decisión unilateral de terminación del contrato de trabajo del actor se soportó o no en una justa causa legal, la legislación laboral colombiana establece, en el artículo 62 del Código Sustantivo, y 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 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.

En el caso bajo examen, y según el texto de la carta de despido incorporada a las diligencias, el empleador endilgó al demandante, como justa causa para terminar el contrato de trabajo, el incumplir *gravemente* sus obligaciones y prohibiciones, específicamente por constituir una sociedad comercial denominada HEFFESTOS INGENIERÍA Y DISEÑO S.A.S., *con el mismo objeto social de su empleador*¹ (folios 15 y 16 archivo 02 y 30 a 31 archivo 12, primera instancia).

¹ “Señor Briceño Ortiz:

Exp. 13 2020 00329 01
Fernando Briceño Ortiz contra Solinoff Corporation S.A.S.

Dicha conducta se enmarca en el supuesto normativo del literal A) numeral 6 del artículo 62 del CST, que autoriza al empleador para dar por terminada la relación de trabajo cuando el trabajador ha incurrido en una *falta grave* a las obligaciones pactadas. Sobre esta causa legal, la ley autoriza que la connotación de *gravedad* se asigne por las partes al suscribir el contrato de trabajo o la convención colectiva, por el empleador en los reglamentos de trabajo, o por un tribunal de arbitramento al decidir sobre este aspecto en un laudo arbitral, dada la dificultad que tendría una regulación general sobre gravedad de las omisiones frente a los deberes específicos de

Le informo que SOLINOFF CORPORATION S.A., ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral por justa causa por parte del empleador, determinación que se hará efectiva al recibo de la presente comunicación el día de hoy 21 de noviembre de 2017.

Soportamos esta decisión debido a las conductas que por acción y por omisión se deducen y quedaron evidentes en la sesión de descargos llevada a cabo en la mañana de hoy.

En efecto, tal como quedó plasmado por versión de viva voz en el documento precitado, Usted, en compañía de, en su momento, otro funcionario de SOLINOFF, constituyó una sociedad comercial denominada HEFFESTOS INGENIERÍA Y DISEÑO S.A.S., con el mismo objeto social de su empleador, contraviniendo disposiciones legales y contractuales y encontrándose incurso en la violación de claras disposiciones contenidas en el Código sustantivo del Trabajo y en el Reglamento Interno de su Empleador.

En efecto, conductas como las ya descritas, van en contravía de la obediencia y lealtad debida que se espera de todo colaborador y en especial de un funcionario que por su antigüedad al servicio de SOLINOFF CORPORATION S.A., tuvo la oportunidad de crecer personal y profesionalmente, y saber discernir entre una acción correcta y otra incorrecta, y, aun así, se expuso a poner en peligro su estabilidad laboral al constituir una sociedad comercial que desarrolla el mismo objeto social de su empleador.

En resumen, y como no escapa a su bien criterio, este tipo de conductas contradicen las normas de comportamiento y las indicaciones impartidas por su empleador para la realización de las funciones y responsabilidades asignadas, por cuanto, se reitera, violan precisas disposiciones contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo, y Código Sustantivo del Trabajo.

Soportamos la anterior determinación en la normatividad contenida en el artículo 7 del Decreto 2351 de 1.965, en concordancia con el artículo 62 del C.S.T. en particular el numeral 6 que indica:

*“Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: a) **Por parte del patrono:** (...) 6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especial que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.*

Sus prestaciones sociales, vacaciones y demás devengos o derechos dinerarios le serán cancelados dentro de la oportunidad legal correspondiente.

Con esta comunicación recibirá una constancia de trabajo y una orden para que se practique el examen médico de egreso; si pasados cinco (5) días después de recibida la orden médica, Usted no se hace presente para que se le practique dicho examen, se entenderá que no es de su interés y la orden quedará anulada; igualmente recibirá la certificación laboral de que trata el numeral 7 del Artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo y una relación contentiva de los aportes a seguridad social correspondiente a los últimos tres (3) meses”

Exp. 13 2020 00329 01
Fernando Briceño Ortiz contra Solinoff Corporation S.A.S.

cada trabajador. Si no se ha definido por las partes dicha connotación el juez evaluará la situación y decidirá atendiendo a las responsabilidades inherentes al cargo que desempeña el trabajador y la afectación que produzca la falta en el funcionamiento de la empresa.

Con estas precisiones normativas, para definir sobre la existencia de justa causa en situaciones como la que plantea la demanda, el juez debe estudiar las pruebas aportadas al expediente para verificar específicamente: i) si las conductas descritas en la carta de despido ocurrieron o no, ii) si constituyen una *falta* a obligaciones y prohibiciones que el trabajador tuviera asignadas en su relación de trabajo; y iii) si dichas faltas revisten gravedad.

i) Sobre lo primero, tal como lo señaló el juez de primera instancia, se encuentra probado en el expediente que el actor en efecto constituyó una sociedad comercial denominada HEFFESTOS INGENIERÍA Y DISEÑOS S.A.S. cuyo objeto social es idéntico al que desarrolla SOLINOFF.

Así se verifica del acta de descargos realizada el 21 de noviembre de 2017, en la que al interrogársele al demandante: *¿Constituyó usted una sociedad comercial con la participación de compañeros de trabajo de Solinoff?*, contestó: *“Si la constituí con el señor Fernando González, quien se desempeñaba en SOLINOFF ejerciendo las funciones de Asistente de Producción de la Planta”*. En esa misma diligencia se le cuestionó: *“Manifieste ¿cuál es el nombre de la sociedad que usted constituyó y en qué fecha la constituyó?”* a lo que respondió: *“HEFFESTOS DISEÑO E INGENIERÍA S.A.S., y fue constituida hace aproximadamente cuatro meses”*. También se le cuestionó: *¿qué objeto social tiene la sociedad que usted constituyó?*, frente a lo cual indicó: *“El objeto social de la sociedad es “Diseño y desarrollo de muebles para oficina, vivienda horizontal, instalación de películas, fabricación de productos metálicos de uso estructural”*; asimismo se le preguntó: *“¿Por qué crear una empresa con el mismo objeto de SOLINOFF”*, y respondió: *“porque es lo que sabemos; nosotros no podíamos ponernos a hacer pan; el conocimiento lo tengo yo, porque soy el que creo, soy el que innovo, y hasta el sol de hoy fui leal con SOLINOFF; el ideal era hacer las cosas de la mejor forma, no copiar sino hacer las cosas de la mejor manera; desafortunadamente*

Exp. 13 2020 00329 01
Fernando Briceño Ortiz contra Solinoff Corporation S.A.S.

no puede (sic) estudiar, pero Dios me dio sabiduría y se hacer las cosas” (folios 17 a 21 del archivo 02 y 24 a 29 archivo 12, primera instancia).

La similitud en los objetos de esas empresas también se corrobora de los correspondientes certificados de existencia y representación legal. HEFFESTOS INGENIERÍA Y DEISEÑO S.A.S. tiene como objeto: *“diseño, desarrollo y fabricación de muebles para oficina, vivienda horizontal metálicos y de madera, instalación de películas vinílicas, fabricación de productos metálicos de uso estructural”* (folio 47 archivo 02, primera instancia), y el de SOLINOFF corresponde a *“1) La fabricación el montaje, construcción, diseño y decoración de toda clase de edificaciones, interiores de residencias, de centros comerciales, supermercados, almacenes, oficinas, hoteles, aeropuertos, centros de convenciones y en general toda línea proyecto confección, diseño y ejecución de decoraciones, también podrá proyectar diseñar y ejecutar divisiones de oficinas. De acuerdo con lo aquí dicho podrá ser además industria manufacturera, producir sus propios componentes de decoración. 2) La fabricación, comercialización, importación, exportación de toda clase de productos, montaje, diseño, ensamble de equipos, muebles, bibliotecas, escritorios y demás accesorios metálicos y de madera para toda clase de muebles o construcciones, para almacenamientos técnicos de archivo; (...)”* (folio 37, archivo 12 primera instancia). Como se ve, pueden ejecutar idénticas actividades.

La conclusión de encontrarse demostrado el hecho que dio lugar al despido, no se derruye con que al absolver el interrogatorio de parte² el demandante negara haber participado en la creación de esa compañía, pues además de que esa circunstancia no puede tomarse como prueba (artículo 191 del C.G.P.), lo cierto es que al momento del despido aceptó el hecho que ahora pretende desconocer.

Tampoco se desvirtúa con el testimonio rendido por FABIO GONZÁLEZ³ porque en contraposición a la versión que propuso el demandante, el testigo indicó que FERNANDO BRICEÑO lo acompañó a abrir la empresa, le sirvió como secretario y fungió como Representante Legal Suplente de la empresa

² Audiencia del 26 de abril de 2023, parte 3 archivo 17, récord 02:05.

³ Ibídem, parte 5 archivo 19.

Exp. 13 2020 00329 01
Fernando Briceño Ortiz contra Solinoff Corporation S.A.S.

HEFFESTOS DISEÑO E INGENERÍA S.A.S., lo que corrobora lo afirmado por el actor en sus descargos.

Conforme a ello, no existe duda de que el demandante constituyó una empresa cuyo objeto social era similar, por no decir idéntico al que desarrolla la demandada, como se le indicó en la carta que puso fin al contrato de trabajo.

ii) Sobre lo segundo (si la falta constituye una omisión a las obligaciones legales o contractuales del trabajador), la Sala advierte que la conducta aducida por el empleador efectivamente constituye una falta a obligaciones *contractuales* del trabajador.

Sobre el asunto, basta con remitirse al contenido del numeral 22 del artículo 20 del Reglamento Interno De Trabajo, en el que se estableció como una obligación especial del trabajador *“22. Abstenerse de asociarse, asesorar a terceros o crear empresas con igual o semejante objeto social al del empleador, sin la debida autorización del representante legal”*.

Además, en la cláusula primera del contrato de trabajo se obligó a *“a) poner al servicio del empleador toda su capacidad moral de trabajo, en forma exclusiva, en el desempeño de funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que imparta el empleador, y b) A no prestar directamente ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio durante la vigencia de este contrato”* (folios 17 y 18, archivo 12 primera instancia).

Sobre este tipo de pactos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse para sostener su validez, con fundamento en que el mismo se justifica en el principio de la buena fe contractual, según el cual, las partes deben abstenerse de ejecutar las conductas perjudiciales para la contraparte, una de las cuales es, sin duda alguna, constituirse el trabajador en competencia directa de su empleador (sentencia del 18 de noviembre de 1998, radicado 11.135, M.P. Francisco Escobar Henríquez)⁴.

⁴ *“Si bien es cierto que el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo no contempla expresamente la posibilidad de pactar en el contrato de trabajo la exclusividad del trabajador*

Exp. 13 2020 00329 01
Fernando Briceño Ortiz contra Solinoff Corporation S.A.S.

iii) Finalmente sobre el tercer aspecto necesario para definir la existencia de una justa causa para despedir por los hechos que se analizan (la gravedad de la conducta endilgada), la Sala también encuentra prueba suficiente de tal acuerdo, pues así se definió en el contrato de trabajo al establecer como falta grave “*la violación por parte del trabajador de cualquier de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias*” (cláusula 6, folio 17 archivo 12, primera instancia).

En todo caso, la gravedad intrínseca de las omisiones del actor resulta evidente pues competir directamente con el empleador dentro de los negocios que este ejecuta en desarrollo de su objeto social, reduce ostensiblemente la confianza que debe existir en la relación laboral, e impide que esta última pueda continuar.

Por todo lo dicho se demostró la existencia de una justa causa en la terminación del contrato de trabajo de FERNANDO BRICEÑO, y no procedía el pago de indemnización por despido injusto, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a una conclusión diferente.

Finalmente, aunque a lo largo del juicio el demandante alegó una trasgresión de su derecho al debido proceso en el trámite previo a su desvinculación, no se puede perder de vista que el despido no se equipara a una sanción

en lo que hace a la posibilidad de este de prestar servicios independientes relativos al oficio contratado, es patente que otras disposiciones del estatuto laboral la autorizan claramente. Así, el artículo 44 Código Sustantivo del Trabajo, declara la ineficaz la estipulación por medio de la cual el trabajador se obligue a la terminación del contrato de trabajo “...a no trabajar en determinada actividad o a no prestar servicios a los competidores de su patrono...”, de forma que es dable entender que en vigencia del contrato sí produciría efectos un pacto con tal contenido. Además este puede encontrar respaldo en el principio de buena fe contractual, vale decir aquel que pregona que los contratos no sólo obligan a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación (CST, art. 55), de forma que a las partes del vínculo laboral les corresponde abstenerse de realizar conductas que sean perjudiciales al otro contratante, como cuando el trabajador se constituye en competencia directa del empleador o en colaborador de la misma. Así en desarrollo de este principio no resulta extraño que los contratantes laborales convengan específicamente el compromiso del trabajador de abstenerse de prestar servicios análogos a aquellos que son objeto del contrato de trabajo mientras este dure, bien sea mediante la modalidad subordinada o independiente. (Subraya del original)

Pero desde luego el acuerdo de exclusividad debe ser razonable con relación al objeto del respectivo convenio laboral, pues en principio podría ser inadmisibles, dadas las circunstancias de cada caso, si impidiera el desarrollo de actividades ajenas a dicho objeto, que no incidan en el normal cumplimiento de la relación de trabajo, ni en modo alguno la afecten pues en tal caso consultaría ineficaz en los términos del artículo 43 Código Sustantivo del Trabajo en tanto comportaría la vulneración de derechos fundamentales del operario”.

Exp. 13 2020 00329 01
Fernando Briceño Ortiz contra Solinoff Corporation S.A.S.

disciplinaria, de allí que el empleador no esté obligado a agotar el proceso disciplinario reglado que tiene dispuesto para imponer sanciones (ver sentencias SL-15245-2014 y SL2351 de 2020)⁵, salvo que dicho procedimiento se haya previsto extralegalmente como condición de eficacia o validez del despido; pero de todas formas en el presente caso la sociedad empleadora demostró haber agotado un trámite interno que permitió al demandante el ejercicio de sus derechos de contradicción defensa, al escucharlo con antelación a poner fin al vínculo contractual.

SIN COSTAS en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Quinta de Decisión 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 esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

⁵ En la aludida providencia, la Corte fijó el criterio según el cual la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa, es claramente exigible de cara a la causal 3) literal a) del artículo 62 del CST, y de las contenidas en los numerales 9° a 15° de esa misma disposición, por lo que, en los demás casos, ello solo será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. Advirtió la Corte, sin embargo, que la “referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido”.

EXP. 14 2022 00094 01
María Adela Chávez Sterling 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 MARÍA ADELA CHÁVEZ STERLING CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 13 de diciembre 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, MARÍA ADELA CHÁVEZ STERLING 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 y/o nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada a través de PORVENIR, por haber faltado el fondo al deber de conservación del archivo del afiliado y al deber de asesoría y buen consejo. En consecuencia, pide que se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante en el RPM, y a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes económicos sin ningún tipo de

EXP. 14 2022 00094 01
María Adela Chávez Sterling Contra Colpensiones y Otro.

descuento o disminución de capital (ver demanda folios 01 a 14 archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional que efectuó la demandante es válido como quiera que estuvo precedido de asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, y no es procedente declarar un error de derecho por ignorancia de normas legales, además, la demandante no aporta prueba alguna que dé cuenta de que dicho acto se hubiera realizado con algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que la demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer tal derecho dentro del términos legales y no lo hizo. Formuló las excepciones de fondo que denominó *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica* (ver contestación folios 01 a 42, archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que el acto traslado de la demandante se acordó de manera libre y voluntaria, en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional, y que la decisión obedeció a la información brindada por los asesores de la AFP que acompañaron el traslado. Además, no se aporta ninguna prueba que demuestre algún vicio del consentimiento para invalidar la afiliación. Sostiene que de presentarse en este caso un error de derecho, no se vicia el consentimiento. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003 por lo que le es imposible para esa entidad tenerla como afiliada del RPM, ello contraviene el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. De encontrarse probado algún tipo de omisión en la información y se llegase a determinar que la consecuencia es la nulidad del traslado, pide que se debe garantice la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de la pensión. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de*

EXP. 14 2022 00094 01
María Adela Chávez Sterling Contra Colpensiones y Otro.

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 del traslado de régimen del pensionado y la innominada o genérica (ver contestación folios 01 a 24 archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de diciembre 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 antes HORIZONTE no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de 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 la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hicieron los demandantes MARÍA ADELA CHÁVEZ ESTERLING proceso 00094 de 2022, y (sic) IVÁN MONTALVO JOYA proceso 00123 de 2022, del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado, y por tanto, siempre estuvieron afiliados al régimen de prima media administrado actualmente por Colpensiones. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. donde se encuentran vinculados actualmente los demandantes, a trasladar a Colpensiones el saldo total de sus cuentas individuales de ahorro, incluidos rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, mismos que debe retornarle debidamente*

EXP. 14 2022 00094 01
María Adela Chávez Sterling Contra Colpensiones y Otro.

indexados. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo. CUARTO: CONDENAR en costas de la acción en cada uno de los procesos, a las demandadas, en la oportunidad se tasarán.” (Audiencia virtual, récord 28:52, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., afirma que los valores a trasladar conforme la Ley 100 de 1993 serían los rendimientos y aportes pues no existe una previsión legal que ordene al fondo retornar los gastos de administración, primas de seguros previsionales, menos aún de forma indexada. Aduce que el pago de estos conceptos tiene origen legal, y con ellos se generaron los rendimientos, devolverlos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES pues esos rubros no financian la prestación, y de todas formas estaría prescrita la acción para su retorno. En punto de los seguros previsionales afirma que la demandante tuvo la cobertura activa en la vigencia de la vinculación, y en relación con el fondo de garantía de pensión mínima solicita se le autorice que estos dineros sean retirados de la cuenta especial y que no sea con cargo a los recursos del fondo privado. Finalmente, en punto de la indexación, aduce que en la cuenta de la afiliada se encuentran sumas que incluyen frutos e intereses obtenidos en la vigencia de la vinculación, lo que conllevaría una doble condena a cargo del fondo, como lo señaló el Tribunal Superior de Cundinamarca¹ (Audiencia virtual, récord 19:40, archivo 43 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Estando esta oportunidad, se precede (sic) mi representada a presentar recurso de apelación en los dos procesos 2022 00123 y 2022 00094, de forma parcial, solicitando amablemente a los honorables magistrados revocar la decisión en lo que respecta a los valores a trasladar, dada la declaratoria de una ineficacia de traslado. Entonces en este sentido, señores magistrados debemos señalar que, si vamos a velar por la ineficacia de traslado, los únicos rubros serían los consistentes o declarados ya por el legislador en el artículo 113 de la ley 100 de 1993, en el que consiste que los valores a retornar frente a ese traslado serían los consistentes a rendimientos y aportes. Es decir que no existe una determinación normativa – legal, que implica mi representada a retornar sumas por conceptos de gastos de administración, seguros previsionales y aun más de forma indexada. Y es que es importante señalar en este caso, que los gastos de administración cobijaron esa (sic) cubrimiento de las obligaciones que tiene a cargo las administradoras pensionales conforme al artículo 20 de la ley 100 de 1993, y dadas estas perspectivas, no le estaba dado a mi representada generar o no cumplir con esta obligación, máxime cuando sí presentaron rendimientos en favor de las partes actoras en cada una dentro de su cuenta de ahorro individual. Entonces bajo estas características, es imposible que mi representada retorne más máxime cuando se estaría beneficiando, y obteniendo en este caso Colpensiones un enriquecimiento sin justa causa para la misma, por cuanto que la misma a lo largo de la vinculación con mi representada no generó administración alguna, y quién sí prestó la labor, y obtuvo en este caso esa generación de rendimiento fue a través de Porvenir. Hoy en día los

EXP. 14 2022 00094 01
María Adela Chávez Sterling Contra Colpensiones y Otro.

En el recurso de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia. Afirma que no quedó demostrado el presunto engaño alegado por la parte demandante. De los formularios de afiliación se desprende por el contrario la voluntad de la demandante, además el traslado se realizó con el lleno de los requisitos legales sin que hubiera manifestado la voluntad de retracto o se advierta inconformidad alguna. Así pues no es procedente alegar después de tanto tiempo vicio alguno, tan solo por ver fallidas sus expectativas² (Audiencia

demandantes en su cuenta de ahorro individual acrediten unos rendimientos que han sido favorables y superiores a los mismos exigidos en la ley. Esto que, pues, determina la imposibilidad para generar un retorno de estos conceptos, y a lo cual pues también debemos observar la naturaleza fáctica de estos conceptos de gastos de administración, los que no tienen en su carga o naturaleza esa financiación de la mesada pensional, a lo cual señores magistrados solicitamos la aplicación de la figura de prescripción. En lo que tiene que ver con los seguros previsionales, estas son obligaciones de tracto sucesivo durante la vigencia de la vinculación de cada uno de los demandantes, se brindó las coberturas a través de la contratación de aseguradoras de buena fe, que brindaron las pólizas pertinentes para las contingencias de invalidez y sobrevivencia. Estas contingencias, si bien no se presentaron, pero sí la cobertura estuvo activa durante la vigencia de la vinculación, y entonces en ese sentido estos conceptos fueron debidamente trasladados a estas aseguradoras. Razón suficiente pues para determinar la imposibilidad a cargo de retrotraer a mi representada, dichos conceptos, y pues, por cuanto sí se demostró la debida activación de las pólizas. Desde luego, lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, se está endilgando a mi representada generar este (sic) devoluciones, pero sí amablemente solicitamos al honorable tribunal a autorizar a mi representada a que el capital de estos conceptos de garantía mínima sean retirados de la cuenta especial del fondo de garantía mínima, y que no sea con cargo al patrimonio de mi representada, puesto que la utilidad no se adelantó por Porvenir, sino que en este caso los conceptos del fondo de garantía mínima están destinados a esa cuenta especial, la misma pues, que solicitamos que sea autorizada para generar esa devolución. Por último, en cuanto a una indexación, debemos señalar que los demandantes cuentan con rendimientos financieros en su cuenta de ahorro individual sumas que incluyen frutos e intereses que se han obtenido durante la vigencia de la vinculación, y es por ello que resulta ser una doble condena para Porvenir, retornar unos rendimientos más implicar en ello una indexación, máxime cuando ya hemos mencionado que los rendimientos superan con creces cualquier devaluación económica. Esto ha sido tratado dentro del Tribunal de Cundinamarca del proceso 02-2021-111 de la demandante Felicia León Poveda, según el cual se permite señalar el Tribunal que sí resulta ser una doble condena, y por ende ha de revocar la decisión frente a la indexación, puesto que, como se ha venido insistiendo los mismos rendimientos cuentan con esos, o incluso con los frutos e intereses obtenidos durante la vigencia de la vinculación. En estos términos señores magistrados solicitamos la revocatoria en los conceptos que no tienen una financiación, que no tienen una destinación de financiar la mesada pensional, la revocatoria en lo relativo a la indexación, y aun más de la aplicación de la figura de la prescripción sobre los conceptos que no tienen una naturaleza financiar una mesada pensional.”

² “Teniendo en cuenta las sentencias condenatorias de primera instancia, proferidas por el honorable Juzgado 14 Laboral del Circuito Judicial de Bogotá, me permito poner y sustentar recurso de apelación en los procesos con radicado 2022-94 y 2022-123. En las sentencias el Juzgado ordenó declarar la ineficacia a la afiliación al RAIS de los accionantes MARIA ADELA CHAVEZ ESTERLING y IVAN MONTALVO JOYA, para en su lugar tenerlos como afiliados del régimen de prima media con prestación definida, junto con el traslado de la AFP demandada de todos los aportes, cotizaciones, frutos, rendimientos entre otros conceptos causados en su cuenta de ahorro individual. Al respecto, me permito manifestar que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones NO comparte tal decisión, toda vez que como se indicó en las contestaciones de demanda, como en los alegatos de conclusión, nunca en el transcurso del proceso se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por los

EXP. 14 2022 00094 01
María Adela Chávez Sterling Contra Colpensiones y Otro.

virtual, récord 30:45, archivo 43 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

accionantes y recibido por parte de los fondos privados, así como la falta de información al momento de la asesoría. Al ser esto un asunto probatorio donde Colpensiones NO tiene documentos o conoció en su momento de la mencionada asesoría recibida por los accionantes, queda sujeto aquello a que las AFP RAIS logren demostrar respecto a su correspondiente gestión. Lo anterior acorde al estatuto del consumidor, decretos, leyes que regulan los particulares el sistema de régimen de ahorro individual con solidaridad. No obstante lo anterior, si se llega a revisar los formularios de afiliación o traslado formulados por los demandantes, suscritos bajo la gravedad de juramento en los mismos se encuentra la manifestación expresa de que lo hicieron (no se entiende bien qué fue lo que dijo) por su propia voluntad. Por tanto, la afiliación de la señora MARIA ADELA CHAVEZ ESTERLING y el señor IVAN MONTALVO JOYA al RAIS, se hicieron con el lleno de los requisitos legales, y en dicha oportunidad NO manifestaron su deseo de retractarse, razón por la cual no puede ordenarse el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida. Asimismo, dentro de los expedientes no hay prueba alguna de que efectivamente a los demandantes se les hubiere hecho incurrir en error, falta en el deber de información por parte de las AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento como lo sería el error, fuerza o dolo. Asimismo, no se evidencia dentro de los formularios de afiliación nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que una inconformidad por parte de los mismos. Al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre coerciones o presiones indebidas. Vistos los hechos de la demanda, es fácil concluir que no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto. Que si el contrato celebrado entre los hoy demandantes y la AFP demandadas, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad que afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial. De lo anterior se deduce que si la decisión libre, voluntaria y sin presiones, y en las oportunidades legales los demandantes nunca manifestaron su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, por ende, deben asumir las consecuencias legales de tales decisiones, que no fueron otras que regirse por las normas, procedimiento, requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad. De modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo, que fueron engañados solo por el hecho de observarse sus expectativas fallidas. Esto significa que la vinculación a las administradoras se ajustó a la ley y goza de plena y total validez. Concluye que los accionantes y sus pretensiones fundan los argumentos de derecho de haber sido engañados por los asesores de los fondos privados, a los que ha estado afiliados (sic). Por lo que de conformidad con lo expuesto en el artículo 1516 del Código Civil y el 167 del Código General del Proceso, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilló por su ausencia en estos presentes casos. Centrándonos en los hechos y las pretensiones de los demandantes NO están llamadas a prosperar, por cuanto carecían de la reunión total de las exigencias y rigurosidades que establece la ley, para retornar del RAIS al RPM. Por lo anterior, solicito muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá, que revoque las sentencias proferidas en instancia dentro de los radicados 2022-94 y 2022-123, y en su lugar absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas.”

EXP. 14 2022 00094 01
María Adela Chávez Sterling 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 que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 40³ años de edad y había cotizado 811,29⁴ semanas, para la fecha de

³ Nació el 02 de mayo de 1960, folio 01 archivo 03

⁴ Ver historia laboral de Colpensiones actualizado a 11 de mayo de 2017 folio 168 a 172 archivo 11

EXP. 14 2022 00094 01
María Adela Chávez Sterling Contra Colpensiones y Otro.

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 8 años, 07 meses y 18 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada superaba la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 61 años de edad- ver folio 01 del archivo 03 del expediente digital).

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

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

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”.*

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

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 pensional en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima

EXP. 14 2022 00094 01
María Adela Chávez Sterling Contra Colpensiones y Otro.

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 de forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que al momento de vincularse con MÉDICOS ASOCIADOS le fue entregado el formulario por parte de su empleador, sin que mediara asesoría alguna por parte del fondo privado (Audiencia virtual del 29 de noviembre de 2023).

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 o los traslados horizontales efectuados; 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, así lo estimó la Corte (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Por ello 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 financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de

EXP. 14 2022 00094 01
María Adela Chávez Sterling Contra Colpensiones y Otro.

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). En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, 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), lo que impide compensar los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte, ambos conceptos deben ser devueltos.

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

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 2022 00094 01
María Adela Chávez Sterling Contra Colpensiones y Otro.

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.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
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 2020 00246 01
Aracely Páez Rodríguez 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 ARACELY PÁEZ RODRÍGUEZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta 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 favor de esta entidad, la sentencia dictada el 31 de enero de 2024 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, ARACELY PÁEZ RODRÍGUEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia y/o nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada a través de PROTECCIÓN, así como el posterior traslado a la AFP PORVENIR, como quiera que estuvo precedido de publicidad agresiva y engañosa, con omisión de información, clara, cierta y veraz, acerca de las características, condiciones, acceso,

EXP. 17 2020 00246 01

Aracely Páez Rodríguez Contra Colpensiones y otros.

ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales. En consecuencia, solicita que se declare para todos los efectos legales que siempre estuvo afiliada en el RPM y se trasladen a COLPENSIONES de las sumas de dinero recibidas con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses y los respectivos reajustes económicos. Además pide que se le reconozca pensión de vejez en el RPM de forma retroactiva desde el cumplimiento de los requisitos, con los correspondientes reajustes de ley (ver demanda folios 1 a 23 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones y en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante, con fundamento en que el traslado fue un acto existente, válido, 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. Advierte que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no es causal de nulidad porque la fórmula para dicho cálculo está contemplada en la Ley 100 de 1993, y que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó *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 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, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto, y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 26 del archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 17 2020 00246 01
Aracely Páez Rodríguez Contra Colpensiones y otros.

Mediante providencia dictada el 10 agosto de 2022, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de COLPENSIONES (archivo 10 del expediente digital, tramite de primera instancia), y en proveído de fecha 7 agosto de 2023 tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A (archivo 18 del expediente digital, tramite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 31 de enero de 2024 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 PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria al RAIS 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 la opción que mejor se ajustara a sus intereses; negó el reconocimiento pensional al considerar que el mismo sólo podrá ser validado una vez se materialice el traslado de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir y prescripción propuestas por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., según lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO. DECLARAR que el traslado de la señora ARACELY PÁEZ RODRÍGUEZ, identificada con la Cédula de ciudadanía 39530476 al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS a través de COLMENA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., y su vinculación posterior a PORVENIR S.A., fueron ineficaces y por consiguiente no produjeron efectos jurídicos, lo anterior según lo analizado. TERCERO. DECLARAR que la demandante, señora PÁEZ RODRÍGUEZ, se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y que COLPENSIONES como administradora de ese régimen, tiene la obligación legal de validar el retorno de la demandante sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas. CUARTO. CONDENAR a PORVENIR S.A. como actual administradora de fondos de pensiones al que pertenece la demandante trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de*

EXP. 17 2020 00246 01

Aracely Páez Rodríguez Contra Colpensiones y otros.

ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones sumas adicionales de la aseguradora, traslado de dineros efectuados por la otra AFP, bonos pensionales, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima. Valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio según lo expuesto. QUINTO. CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. como sucesora de las obligaciones que antes tuvo a su cargo COLMENA S.A., a devolver también los gastos y comisiones de administración, las sumas adicionales de la aseguradora, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima. Valores que deberá retornar debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio por el tiempo en que la demandante su vinculada con esa AFP. SEXTO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas en el régimen de ahorro individual, a favor de la demandante, convalidarlos en su historia laboral, debiendo desplegar todas las actuaciones administrativas y judiciales en procura de obtener la devolución total de esos dineros a su favor y convalidarlos en la historia laboral de la demandante, pudiendo incluso desplegar todas las actuaciones tendientes a resarcirle perjuicios en caso de establecerse que el traslado se los ocasiona. SÉPTIMO. ORDENAR a COLPENSIONES que una vez se materialice el retorno de la demandante y la totalidad de los valores que remitan las entidades demandadas, proceda a estudiar el derecho pensional deprecado por la actora en el marco normativo que le indique lo anterior, según lo analizado. OCTAVO. CONDENAR en costas a COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A. y se dispone que una vez en firme esta sentencia por secretaria, se practique la liquidación y se incluyan agencias en derecho por valor a cargo de cada una de \$1.000.000. NOVENO. SE DISPONE la consulta esta sentencia a favor de COLPENSIONES.” (Audiencia virtual, récord 55:00, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia. Afirma que no es razonable ni jurídicamente válido imponer obligaciones no previstas por el ordenamiento jurídico en el momento del traslado, lo que -asegura- desvirtúa el principio de confianza legítima. De confirmarse la sentencia pide

EXP. 17 2020 00246 01

Aracely Páez Rodríguez Contra Colpensiones y otros.

que se condicione el cumplimiento de las condenas que le fueron impuestas al previo cumplimiento por parte de la AFP, y pide no se le imponga condena en costas como quiera que no participó del acto jurídico y además se generaría un daño injustificado para esta entidad¹ (Audiencia virtual, récord 59:17, archivo 26 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 en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

¹ “Estando dentro de la oportunidad procesal, de manera respetuosa interpongo el recurso de apelación en contra de la decisión emitida por su despacho, manifestando lo primero que todo, que al momento de declararse la ineficacia del traslado el argumento de la falta de información de la AFP en su momento por parte de dicho asesor a realizar el traslado por parte de la demandante, pues la realidad del momento, según la normativa aplicable, la ley 100 en su artículo 13, el literal b) y e), y el decreto 692 del 94, y decreto 663 del 93, que era que la aceptación libre espontánea expresa por el afiliado en su momento, ya con eso se entendía que no iba a haber vicio del consentimiento alguno o de contrato, o nulidad de algún respecto bajo los siguientes argumentos, pues se le solicitar al honorable tribunal revocar la decisión aquí emitida por su despacho, pues no es razonable ni jurídicamente válido imponer a la administradora, obligaciones y soporte de información no previsto en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen, pues tal existencia del virtual el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste en solamente en la posibilidad de la defensa o la oportunidad de interponer un recurso, sino que existe además, como lo expresa la artículo del 29 de la Carta política del ajuste de las normas preexistentes en el acto que se está juzgando en su momento. Finalmente pues se le solicita al honorable tribunal, de no revocar la decisión emitida por este despacho y confirmar la misma, se solicita se siga condicionando por parte de la AFP, para esta sentencia, pues la devolución de todos los conceptos, para poder que mi representada dé el cumplimiento a la misma, como son todos esos recursos de la cuenta individual, los rendimientos de bonos pensionales, las cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual, toda vez que mi representada hasta que no se dé la devolución de todos esos recursos, no podrá dar cumplimiento a dicha sentencia y, a su vez, se le solicita al honorable tribunal que no se condene en costas a mi representada y revoque esta decisión emitida por el despacho, pues se entiende que no fue, que participó en este hecho que se presume que simplemente al momento de condenar en costas a mi representada se estaría generando un daño injustificado y no, no tendría motivo alguno dicha condena bajo los siguientes argumentos, dejo mi recurso de apelación muchas gracias, señoría.”

EXP. 17 2020 00246 01

Aracely Páez Rodríguez Contra Colpensiones y otros.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 33² años de edad y había cotizado 500,71³ 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 años, 2 meses y 15 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 150 del archivo 23 del expediente digital).

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

² Nació el 25 de septiembre de 1963, folio 150 archivo 23.

³ Ver historia laboral de Colpensiones folios 2 a 6 archivo 23

⁴ Ibidem

EXP. 17 2020 00246 01

Aracely Páez Rodríguez Contra 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 jurisdicción⁵,⁶. 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»*. 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*

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. 17 2020 00246 01

Aracely Páez Rodríguez Contra Colpensiones y otros.

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 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 de 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 por la demandante,

EXP. 17 2020 00246 01

Aracely Páez Rodríguez Contra Colpensiones y otros.

pues ello no se deduce del escrito de demanda, además valga señalar, no se solicitó ni decretó su interrogatorio de parte.

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 o los traslados horizontales efectuados; 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 sumas adicionales de la aseguradora, traslado de dineros efectuados por la otra AFP, bonos pensionales, gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, a cargo de esta y de PROTECCIÓN por el tiempo que estuvo afiliada a cada una de ellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

EXP. 17 2020 00246 01
Aracely Páez Rodríguez Contra Colpensiones y otros.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia 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 con dichas entidades en el caso bajo estudio.

Por carecer 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, pues la parte resolutive de la decisión de primera instancia así lo estableció, la Sala se abstendrá de estudiar esta parte del recurso.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 17 2020 00246 01
Aracely Páez Rodríguez Contra Colpensiones y otros.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MIGUEL ANTONIO SÁNCHEZ MARROQUÍN
CONTRA HL INGENIEROS S.A. EN REORGANIZACIÓN.**

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 8 de septiembre de 2023 por el Juez Cuarenta y Uno (41) 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 por salud del demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MIGUEL ANTONIO SÁNCHEZ MARROQUÍN presentó demanda contra HL INGENIEROS S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo del 13 de diciembre de 2006 al 5 de septiembre de 2017 el cual terminó sin justa causa cuando gozaba de estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, pide que se declare que el despido es ineficaz y se ordene su reintegro a un cargo de igual u otro en el que se pueda desempeñar conforme con sus facultades físicas y psicológicas, junto con los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su despido hasta que se haga efectiva su reinstalación.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que laboró para la empresa HL INGENIEROS S.A. del 13 de diciembre de 2006 al 5 de septiembre de 2017, fecha esta última en la que fue despedido sin justa causa y para la cual devengaba un salario mensual de \$1.947.000. Asegura que el 14 de julio de 2016 sufrió un accidente de trabajo que trajo como consecuencia la pérdida funcional del índice derecho, y a pesar de que la demandada tuvo pleno conocimiento de ese hecho, procedió a su despido sin solicitar autorización del Ministerio de Trabajo, con el argumento de que *“no contaba con eventos que impidan dar por terminado su contrato de trabajo o que se refiera a una circunstancia de estabilidad laboral reforzada o debilidad manifiesta”*. Sostiene que le es difícil encontrar nuevo trabajo por las limitaciones que afectan el movimiento de su mano derecha, con el agravante de que la mayoría de las actividades las realiza con esa extremidad, por ser diestro (ver demanda folios 1 a 5 archivo 03 y su subsanación archivo 07, primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por HL INGENIEROS S.A. EN REORGANIZACIÓN a través de apoderado judicial quien se opuso a las pretensiones. Negó la existencia de un único contrato de trabajo por cuanto, asegura, con el demandante existieron 18 vínculos que tuvieron diferentes modalidades y causas de terminación, y ninguno finalizó unilateralmente y sin justa causa; de hecho, las funciones y tareas eran específicas y diferentes, incluso transcurrieron periodos considerables de tiempo entre uno y otro. Adujo que el último contrato de trabajo finalizó el 4 de septiembre de 2017 por expiración del plazo fijo pactado, precisando que si bien el plazo iba hasta el 18 de julio de 2016, atendiendo que para esa época el demandante presentaba una situación de salud, decidió mantenerlo vigente hasta que esa condición cesara, claro está, sin que se entendiera prorrogado como se le hizo saber en varias oportunidades. Sostuvo que para la fecha de terminación del contrato de trabajo el demandante no se encontraba incapacitado, no contaba con restricciones o recomendaciones médico laborales, no tenía una pérdida de capacidad laboral y en general no tenía ninguna limitación para el ejercicio de sus funciones como se certificó en los exámenes médicos que le fueron realizados. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *improcedencia de hacer extensibles*

los efectos de la estabilidad laboral reforzada por salud al caso sub examine, buena fe, pago total, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción (folios 1 a 25 archivo 15, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de septiembre de 2023, en la cual el Juzgado 41 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 padecía unas patologías a la fecha del retiro, conforme a los criterios de la Ley 361 de 1997 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional no probó que se encontrara en una situación de debilidad manifiesta o que su estado de salud le impidiera sustancialmente el desarrollo de sus funciones pues no tenía alguna incapacidad o recomendación (Audiencia virtual, archivo 37 primera instancia, récord 24:44).

La parte resolutive de la decisión tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante MIGUEL ANTONIO SÁNCHEZ MARROQUÍN y la SOCIEDAD HL INGENIEROS S.A EN REORGANIZACIÓN existieron varios contratos de trabajo a término fijo o por duración de la obra contratada en los siguientes periodos: primero entre el 8 de noviembre del 2008 y el 7 de marzo de 2009 a término fijo, el cual terminó por expiración del plazo fijo pactado; el segundo, el tercero y el cuarto a término fijo entre el 13 de marzo de 2009 y el 12 de septiembre de 2009, los cuales finalizaron por expiración del plazo fijo pactado, el tercero entre el 21 de octubre de 2009 y el 22 de diciembre de 2009; el cuarto entre el 8 de marzo de 2010 y el 7 de julio del 2010, también a término fijo, el quinto y el 10, los cuales a continuación fueron por duración de la obra o labor contratada en los siguientes términos, el quinto entre el 17 de enero del 2011 al 26 de marzo de 2011, el sexto entre el 11 de julio del 2011 al 20 de septiembre de 2011, el séptimo entre el 26 de septiembre de 2011 al 7 de junio de 2012, el octavo entre el 14 de junio del 2012 hasta el 19 de diciembre de 2012 todos aquellos pactados por la duración de la obra contratada y que finalizaron por la finalización de la obra contratada, el noveno entre el 23 de junio de 2013 hasta el 13 de septiembre de 2013 a término fijo el cual terminó por expiración del plazo pactado y los siguientes contratos debo advertir, todos fueron a término fijo y finalizaron por expiración*

del plazo fijo pactado, el décimo entre el 24 de septiembre del 2013 hasta el 23 de marzo de 2014, el once entre el 3 de mayo de 2014 hasta el primero de agosto de 2014, el doce entre el 12 de agosto de 2014 hasta el 26 de octubre de 2014, el trece entre el 27 de noviembre de 2014 hasta el 20 de diciembre de 2014, el contrato número catorce entre el 4 de enero del 2015 al 7 de abril de 2015, el número quince entre el 4 de abril del 2015 hasta el 13 de noviembre de 2015 a término fijo, el dieciséis entre el 17 de noviembre de 2015 hasta el 19 de diciembre de 2015, el diecisiete entre el 4 de enero de 2016 hasta el 17 de marzo de 2016 y el número dieciocho entre el 19 de marzo de 2016 hasta el 4 de septiembre de 2017 a término fijo, y que se terminó por expiración del plazo fijo pactado. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada HL INGENIEROS S.A. EN REORGANIZACIÓN de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por MIGUEL ANTONIO SÁNCHEZ MARROQUÍN por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. TERCERO: Relevarse del estudio de las excepciones elevadas por la demandada. CUARTO: CONDENAR en COSTAS, incluidas las agencias en derecho, al demandante y a favor de la demanda en la suma única de \$1.160.000. QUINTO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante”.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante afirma que son suficientes los argumentos fácticos y legales expuestos en la demanda para determinar que gozaba de la estabilidad que reclama y que aún sigue con dificultades para conseguir trabajo en razón del accidente y la disminución de su capacidad laboral, la cual adquirió en la empresa demandada¹ (Audiencia virtual, archivo 37 primera instancia, récord 29:21).

¹ “Manifiesto al señor juez que apeló la decisión y la sustento en que no estoy de acuerdo con el análisis y la argumentación que hace el despacho porque mi representado tuvo un accidente laboral en el momento en que era trabajador para la empresa demandada desafortunadamente el sin conocimiento, pues como todos los trabajadores carecen de conocimiento de sus derechos laborales no hizo las cosas de pronto que eran indispensables para configurar todos los derechos que le corresponden, pero yo considero que para eso existen la teoría del derecho del contrato laboral de la realidad y mucha jurisprudencia de la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia que entre HL INGENIEROS S.A. EN REORGANIZACIÓN y MIGUEL ANTONIO SÁNCHEZ MARROQUÍN existieron 18 de contratos de trabajo. El último se ejecutó a término fijo inferior a un año del 19 de marzo de 2016 al 4 de septiembre de 2017 y terminó por vencimiento del plazo fijo pactado. Así lo concluyó el juez de primera instancia sin que frente a este particular se presentara inconformidad por el recurrente; además, se constata de la documental que milita a folios 9 a 18 y 22 del archivo 03, y 26 a 140 del archivo 15, primera instancia)

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con las materias que fueron objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en 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 pago de salarios dejados de percibir y aportes a la seguridad social.

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 constitucional que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997

corte suprema de justicia y de la corte constitucional que le dan derechos a los trabajadores en los últimos tiempos, la corte constitucional se ha manifestado entre a favor del trabajador por considerarlo la parte débil en la relación contractual laboral es así como en la demanda yo expuse todos los argumentos entre la cuestión práctica y el aspecto legal y la jurisprudencia que relacioné en la demanda, por lo tanto, yo creo que es suficiente haciéndole un análisis conociendo y a sabiendas que el señor Miguel Antonio Sánchez sigue con dificultades para conseguir trabajo por haber tenido en el accidente, la disminución de su capacidad laboral y no conseguir trabajo tan fácil porque ahora las empresas requieren es personal que no tenga ninguna afectación y la afectación pues tiene su origen en el contrato laboral que tuvo con la empresa demandada y es así como yo considero que mi defendido tiene derecho a todo lo que se solicitó en la demanda, muchas gracias"

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 los 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 considerable frente a las funciones asignadas³, o aquellas 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.

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 iudice, 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*”.

Entiende también la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la protección procede por un trato discriminatorio, es decir, cuando se demuestra que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo tuvo 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 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 o causa en dicha incapacidad o debilidad.

Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra que el empleador conocía de 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.

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,

Con estas reglas normativas y de interpretación, y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones, pues ninguna evidencia se allegó sobre una *limitación cierta* en la capacidad de trabajo del demandante o de una situación de debilidad manifiesta que fuera conocida por el empleador para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo; tampoco se demostró que la terminación de la relación hubiera tenido origen en una limitación de salud del trabajador para el desempeño de sus funciones.

Al respecto, si bien es cierto conforme a la historia clínica que se incorporó al expediente que en julio de 2016 el demandante sufrió un accidente de trabajo que afectó su dedo índice de la mano derecha que fue reimplantado a través de una intervención quirúrgica (folio 23, archivo 03), no se advierte que por dicha situación se hubiera afectado la prestación del servicio o que por ello se emitido recomendaciones especiales que se debieran cumplir para la época de terminación del contrato de trabajo, menos aún se probó que para ese momento se encontrase en licencia por incapacidad temporal o en cualquier otra circunstancia que imposibilitara realizar las actividades propias de su cargo u otras de las mismas características.

Por el contrario, en el proceso se acreditó que desde el 31 de julio de 2017 el demandante tenía examen médico que autorizaba su reintegro *sin modificaciones*, y otro del 2 de agosto de 2017 que lo calificaba como *apto para trabajar en alturas y desempeñar el cargo* (folios 132 y 133, archivo 15 primera instancia); además, para el momento en que se puso fin a su contrato de trabajo, el demandante podía realizar sus funciones de electricista con normalidad, como lo informaron los testigos MIGUEL HERNANDO QUIJANO PEÑA -Coordinador de administración de personal-⁵ y JULIANA ANDREA

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

⁵ Audiencia del 15 de agosto de 2023, récord 30:16, archivo 33.

SOLANO -Coordinadora de Gestión Humana-⁶. De hecho, el mismo demandante, al absolver el interrogatorio⁷ confesó que podía laborar normalmente solo que con dolor en su dedo.

Tanto los testigos como el demandante adujeron en su declaración que MIGUEL ANTONIO SÁNCHEZ no tenía recomendaciones médicas ni incapacidades vigentes para el 4 de septiembre de 2017. Aunado a lo anterior, está acreditado con las pruebas documentales incorporadas al expediente, que la demandada atendió las restricciones médico-laborales desde el año 2016, vigiló el cumplimiento de las mismas, e hizo el seguimiento correspondiente (archivo 15, primera instancia).

Por otra parte, si bien se acreditó que el demandante fue calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una pérdida de capacidad laboral del 4,39% lo cierto es que se determinó que ésta se estructuró el 13 de junio de 2019 con posterioridad al retiro, y aunque es de origen laboral, esa sola circunstancia resulta insuficiente para otorgar la protección constitucional que se reclama porque no evidencia que la terminación del contrato se hubiera producido o causado por la disminución en la capacidad laboral.

En conclusión, no se probó que el demandante tuviera una condición de salud que afectara el cumplimiento de las funciones encomendadas y lo hiciera por ello sujeto de la protección que otorga la Ley 361 de 1997, ni se probó que el empleador hubiera conocido tal situación. Tampoco se demostró en el proceso que la terminación del contrato de trabajo hubiera tenido como *causa* una situación de salud del trabajador, que implicara una limitación o restricción para el cumplimiento de las funciones encargadas en condiciones.

Lo que se probó en esta materia es que la finalización de la relación de trabajo - el 4 de septiembre de 2017- tuvo origen en la *causa* que contempla el artículo

⁶ Ibídem récord 37:13.

⁷ Ibíd. Récord 20:09

46 del CST (contrato a término fijo), previo envío del preaviso, tal como se definió en primera instancia sin objeción alguna del actor.

COSTAS en esta instancia a cargo del 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 esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
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. 18 2022 00287 01
Bertha Lucia Penagos Acevedo 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 BERTHA LUCIA PENAGOS ACEVEDO
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.
PENSIONES Y CESANTÍAS, Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad la sentencia dictada el 24 de enero de 2024 por el Juez Dieciocho (18) 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, BERTHA LUCIA PENAGOS ACEVEDO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad y/o ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, efectuado en la AFP PROTECCIÓN, así como sus posteriores traslados horizontales efectuados a PORVENIR y COLFONDOS, *por no recibir la asesoría que se requería para que de manera informada tomara su decisión libre y consiente*. En

EXP. 18 2022 00287 01

Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra Colpensiones y Otros.

consecuencia, pide que se declare que para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, se ordene a COLFONDOS devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con todos sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de cuenta (ver demanda folios 6 a 32 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que el traslado se realizó en virtud del derecho a la libre escogencia contenida en el literal e) de la ley 100 de 1993 cumpliendo los requisitos que para la época se exigían, y las manifestaciones de la demandante no demuestran un vicio del consentimiento que hiciera nulo o ineficaz el acto jurídico de afiliación a la AFP del RAIS; además, la información que aduce no se brindó por parte de la administradora de pensiones, se encuentra contenida en la ley 100 de 1993, norma de público conocimiento. Advierte que la demandante tenía la obligación, como consumidor financiero, de utilizar los mecanismos de divulgación de la AFP y adquirir conocimiento de manera autónoma frente al funcionamiento, condiciones y características de los regímenes pensionales. Propuso como excepciones perentorias las que denomino: *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica* (ver contestación folios 4 a 32 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., se opuso también a las pretensiones de la demanda que involucran a esa entidad, en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante a ese fondo. Afirma que se hizo mediante un acto jurídico 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, 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

EXP. 18 2022 00287 01
Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra Colpensiones y Otros.

liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación, pues está establecida en la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP HORIZONTE S.A., traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP`S convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación folios 4 a 35 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra, en especial a la declaración de nulidad del traslado efectuado a dicha entidad desde otra administradora del mismo régimen. Aduce que brindó a la demandante asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones de trasladarse dentro del RAIS, las diferencias entre este y el RPM, ventajas y desventajas, bonos pensionales, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y derecho de retractó, como consta en el formulario correspondiente, que suscribió la demandante. Resaltó que los posteriores traslados efectuados dentro del mismo régimen ratificaron su voluntad de permanencia lo que desvirtúa el presunto engaño al que habría sido sometida para realizar el traslado. Expuso que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no contaba con una expectativa legítima de alcanzar la pensión. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago* (ver contestación folios 3 a 22, archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la demandante pretende desconocer que su traslado del

EXP. 18 2022 00287 01

Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra Colpensiones y Otros.

RPM al RAIS se produjo con la AFP PROTECCIÓN en el año 1995, posteriormente, se vinculó el 13 de julio de 2000 con PORVENIR mediante formulario de afiliación. Sostiene que cumplió con el deber de información al asesorar de manera clara, precisa, veraz y suficiente las condiciones, características y funcionamiento del RAIS conforme las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, como se aprecia de la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico y que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Sin perjuicio de ello, sostiene que no es procedente la declaración de ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque esta solo es aplicable a situaciones dolosas las cuales que no se acreditan ni se alegan en esta demanda, y en todo caso -dice- garantizó el derecho al retracto mediante comunicado de prensa en el diario el Tiempo en el cual informó a los afiliados la posibilidad de trasladarse entre regímenes de acuerdo con las modificaciones introducidas con la Ley 797 de 2003. Aduce que la demandante desconoce la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la excepción genérica* (ver contestación folios 3 a 29, archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de enero de 2024 mediante la cual el Juez Dieciocho (18) 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 la ineficacia de la afiliación de la señora BERTHA LUCIA PENAGOS ACEVEDO, identificada con cedula de ciudadanía 35.510.010 de Bogotá a la AFP PROTECCIÓN efectuada para el 6 de julio del*

EXP. 18 2022 00287 01
Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra Colpensiones y Otros.

94 con fecha de efectividad el 01 de agosto de ese mismo año, consecuentemente declarar nulidad e ineficacia del traslado realizado a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR efectuada para el 13 de julio del 2000 con fecha de efectividad el 1 de septiembre de ese mismo año, así como la vinculación a COLFONDOS para el 10 de julio del 2008 con fecha de efectividad el 1 de septiembre de ese mismo año de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora BERTHA LUCIA PENAGOS ACEVEDO, identificada con cedula de ciudadanía 35.510.010, de Bogotá nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante señora BERTHA LUCIA PENAGOS ACEVEDO identificada con cedula de ciudadanía 35.510.010 de Bogotá como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada con todos sus frutos e intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieran causado sin lugar a descuento alguno de los deterioros sufridos por el bien administrado el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de la garantía de la pensión mínima debidamente indexados a la fecha con cargo de sus propios recursos, desde la fecha del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues estos conceptos desde el nacimiento del acto ineficaz debieron ingresar al régimen de prestación definida administrado por COLPENSIONES por lo que, al momento de cumplirse con esta orden los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detallado pormenorizados de los ciclos IBC aportes y demás información relevante que los justifique conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación de data 17 de julio del 89, por lo que deberá incluir en la base de datos y sistema de información la historia laboral y demás información necesaria para la

EXP. 18 2022 00287 01
Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra Colpensiones y Otros.

atención de su pensión a futuro de la demandante, en el régimen de prima medida con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo. QUINTO: DECLARAR NO probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el despacho se revela de los demás medios exceptivos por las demandadas. SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, dentro de las que deberá incluirse por concepto en agencias en derecho la suma equivalente a \$1.000.000 a cargo de cada fondo privado y a favor de la demandante, sin condena en costa a cargo de COLPENSIONES. SÉPTIMO: SI NO FUERA APELADO consulte con el superior.” (Audiencia virtual, récord 1:29:55, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS S.A. pide que se revoque la orden de traslado de los gastos de administración y primas de seguros. Afirma que en este asunto no se ha establecido la responsabilidad de la AFP y por ello no procede la entrega de los gastos de administración, además la demandante no se vio afectada por el cobro de dichos conceptos pues se hubieran descontados de igual manera en RPM, dichos pagos no financian la pensión por lo que enriquecerían sin causa a COLPENSIONES. Frente a las primas de seguros previsionales señala que estos fueron entregados a la aseguradora quien mantuvo las coberturas contratadas y si bien no se configuró ninguno de los riesgos ello no da lugar a que se deban trasladar¹ (Audiencia virtual, récord 1:33:08, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “gracias señor juez siendo la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho en lo que tiene que ver la condena contra Colfondos toda vez que dentro del proceso que nos ocupa no se establecido la responsabilidad de la afp y por ende no es viable concebir la entrega de los gastos de administración además la demandante no se vio afectada por el cobro de estos conceptos dado que si hubiese estado en el régimen de prima media igual se hubiese causado el 3% para sufragar los gastos de administración y obtener la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte así pues de acuerdo a la línea jurisprudencial de la honorable corte suprema de justicia, los gastos de administración son procedentes bajo los siguientes argumentos primero la ratio decidiendi y la línea jurisprudencial de la corte suprema de justicia es proteger a los afiliados pero debe anotarse que en cualquiera de los dos regímenes se cobra la comisión del 3% segundo el mencionado porcentaje en ningún caso corresponde a un capital destinado para financiar la pensión razón por la cual la no devolución de este concepto no afecta el monto de la pensión del afiliado en el régimen de prima media y tercero cuando la afp devuelve los gastos de administración los mismos nos llegan al afiliado sino que ingresan al patrimonio colpensiones y por tanto no puede considerarse que dicho pago indemniza un supuesto

EXP. 18 2022 00287 01

Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra Colpensiones y Otros.

En el recurso de PORVENIR S.A. pide que no se ordene devolver los gastos de administración, las comisiones, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexada, como quiera que el fondo desplegó las acciones que le correspondían para mantener la rentabilidad mínima, lo que generó unos rendimientos que compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, además se generaron unos rendimientos financieros que entran a compensar cualquier devaluación, por lo que no sería procedente su indexación, tal como lo ha indicado el Tribunal Superior de Cali. Solicita que los dineros que corresponden al fondo de garantía minina no se ordenen devolver con cargo a sus propios recursos, en su lugar se le permita afectar esa cuenta especial²

perjuicio que sufrió el afiliado razón por la cual un cambio de posición respecto de los gastos de administración en ningún caso afecta a el afiliado y en esta medida no va a encontrar de la ratio decidendi de otro lado en cuanto las primas de seguro la póliza previsional es contratada por la afp en beneficio y provecho de los afiliados razón por la cual la entidad sólo tiene un rol de intermediario en consecuencia la afp recauda las primas del seguro en nombre por cuenta de la aseguradora y dichos recursos no ingresan al patrimonio del administrador por lo anterior, es improcedente que la afp devuelva unos recursos que nunca prestó desde la perspectiva la aseguradora previsional debe señalarse que se prestó efectivamente el servicio es decir por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva ella asumió los riesgos de invalidez y muerte del afiliado y si los mismos se hubiesen materializado le hubiese correspondido el pago de la suma adicional para financiar las correspondientes pensiones es decir, se trata de un contrato que fue debidamente ejecutado y cuyos efectos no se pueden retrotraer como consecuencia de la ineficacia. de acuerdo a lo anterior su señoría dejó plasmado el recurso de apelación. muchas gracias”

² “gracias su señoría porvenir presenta recurso de apelación respecto al numeral tercero del fallo que acaba de emitir su despacho y sustento el recurso de la siguiente manera en principio solicitaría que mi representando no fuera condenada a retornar los gastos de administración las comisiones, las sumas destinadas al pago de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado en primer lugar porque una de las funciones legales que tienen las afps es la de mantener la rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de sus afiliados como en efecto sucedido en el caso de la señora berta penagos entonces pues no podemos hablar de que se haya presentado ningún tipo de devaluación o de pérdida del poder adquisitivo durante el tiempo de estos valores que se ordenan retornar a colpensiones al mismo tiempo que se le generaron unos rendimientos financieros que sin duda alguna entran a compensar cualquier tipo de devaluación o lo que se pretenda con la indexación esta posición ha venido tomando fuerza por lo menos en el tribunal superior de cali, en donde han indicado en diversos pronunciamientos que no es compatible que se ordene la indexación y la devolución de los rendimientos financieros mi representada mientras duró la afiliación le generó unos rendimientos, los cuales fueron trasladados a colfondos en la oportunidad en la que la demandante decide migrar a ese fondo entonces pues no podemos hablar que se haya presentado ningún tipo de devaluación al mismo tiempo pues sí lo que buscamos es dejar a la señora berta en la misma situación en la que se encontraba antes de que firmara ese negocio que se está declarando ineficaz pues si ordenamos que se devuelvan los rendimientos y que al mismo tiempo otros valores se devuelvan de forma indexable, ciertamente no la estamos dejando en la misma posición o en el mismo estado la estamos dejando en otro estado diferente en donde estaba en donde colpensiones va a recibir más plata de la que hubiera recibido si siempre las cotizaciones hubieran entrado a sus arcas porque los rendimientos financieros que se generan por la administración de las afps no se generan en la administración que hace de esos recursos colpensiones al mismo tiempo también solicitaría que el porcentaje que fue descontado y destinado al fondo de garantía de pensión mínima no se le obliga a mi representa a retornarlo con cargo a sus propios recursos en primer lugar pues estos dineros nunca han sido administrados por mi representada por lo que ella no se ha lucrado o no se ha enriquecido con estos porcentajes segundo si el fallo que se da en este tipo de procesos es una suerte de reprimenda a los fondos por haber faltado a ese deber de información pues no sería acordé que se le esté dando esta reprimenda a mi representada este reproche a mi representa frente a unos valores pues de los que reitero pues no se ha beneficiado en tercer lugar

EXP. 18 2022 00287 01
Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra Colpensiones y Otros.

(Audiencia virtual, récord 1:35:487, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, indica que no se probó la existencia de una voluntad viciada al momento de la escogencia de régimen por parte de la demandante, el que además se dio con el cumplimiento de los requisitos legales para la época. Señala que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado, y éste generaría una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema³ (Audiencia virtual, récord 1:41:02, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

si el fallo de este tipo de procesos es privar de todo efecto a ese negocio que se está declarando ineficaz pues uno de los efectos del negocio es descontar de las cotizaciones esas partes y destinarlas al fondo de garantía mínima entonces si dejamos esos dineros en el fondo de garantía de pensión mínima estamos dejando que le sobrevivan efectos a este negocio que estamos declarando ineficaz lo que pues no se acompañaría con la motivación y con el otro resto del fallo y del resuelve de esta sentencia al mismo tiempo el fondo de garantía de pensión mínima tiene una destinación y una naturaleza jurídica pues muy específica esto es entrar a cubrir las pensiones de las personas que hacen parte del régimen de ahorro pero estamos declarando que para todos los efectos legales la demandante se encuentra válidamente vinculada al régimen de prima media entonces no habría razón jurídica por la que ese porcentaje, que se descontó de sus cotizaciones permanezca en un fondo que ya no le va a cubrir, pues esa eventualidad para la cual fue creado por eso solicitaría que los magistrados le permitiesen a mi representa afectar el fondo de garantía de pensión mínima y sustraer esos recursos que fueron introducidos ahí tal como se haría, pues en el traslado ordinario de régimen de ahorro individual al régimen de prima media de esa forma dejé sustentado mi recurso apelación. muchas gracias”

³ “muchas gracias su señoría por el uso de la palabra siendo este el momento procesal oportuno me permitió interponer el recurso apelación, el cual sustenté brevemente en la siguiente forma según lo expuesto en proceso, no se dio por probado por la parte demandante la existencia de una voluntad viciada en el momento en el que se dio su escogencia sobre un régimen sobre el otro, por cuanto como se pudo observar en el interrogatorio de parte la parte actora, no se vio coaccionada para diligenciar su formulario de afiliación y el mismo se dio cumpliendo los requisitos legales de la época es por ello que en virtud de su libre escogencia y permanencia en el tiempo, se estructuró su prestación pensional en el régimen de ahorro individual ahora bien, su señoría se debe recalcar que la demandante pues recae sobre las limitaciones expuestas en la legislación colombiana para hacer efectivo su traslado en cualquier época y por último pues de declararse de forma positiva las pretensiones de la parte demandante se estaría afectando directamente los postulados de la acto legislativo 01 del 2005 el cual adiciona la carta política del artículo 48, el cual es el principio de estabilidad económica del estado, el cual está enfocado en mantener la seguridad prestacional del mismo en este sentido su señoría dejó expuesto brevemente el recurso de apelación, muchas gracias.”

EXP. 18 2022 00287 01
Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra Colpensiones y Otros.

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 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. 18 2022 00287 01

Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra Colpensiones y Otros.

el demandante tenía 28⁴ años de edad y había cotizado 237,43⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 4 años 2 mes y 20 día)⁶, y para la fecha de presentación de la demandada ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 56 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 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

⁴ Nació el 15 de junio de 1966, folio 33 archivo 01.

⁵ Ver historia laboral Colpensiones folios 56 archivo 06.

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. 18 2022 00287 01

Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra Colpensiones y Otros.

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

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

EXP. 18 2022 00287 01
Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra Colpensiones y Otros.

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 de 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 dijo que un asesor del Fondo dio una charla grupal, les indicó que el ISS se iba a acabar y que afiliarse a un fondo privado sería la mejor opción, pero no se le brindó información específica sobre las características, las ventajas y las desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 24 de enero de 2024, récord 29:10).

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 o los traslados horizontales efectuados; 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 de la demandante incluyendo rendimientos financieros, porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y bonos pensionales debidamente indexados, pues así lo definió la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de

EXP. 18 2022 00287 01

Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra Colpensiones y Otros.

2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa corporación 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). En el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, 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”* (SL 1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). En estas circunstancias no es posible, como se solicita en uno de los recursos, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

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 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

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. 18 2022 00287 01

Bertha Lucia Penagos Acevedo Contra 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 PORVENIR y COLFONDOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

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. 22 2020 00507 01
Alba Yaneth Forero Barreto 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 ALBA YANETH FORERO BARRETO CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 23 de enero de 2024 por la Juez Veintidós (22) 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 YANETH FORERO BARRETO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA 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 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada a través de PORVENIR, y los traslados posteriores a COLFONDOS y SKANDIA, por haber faltado los fondos al deber de información. En consecuencia pide que se declare para todos los efectos legales que siempre

EXP. 22 2020 00507 01

Alba Yaneth Forero Barreto Contra Colpensiones y Otro.

permaneció en el RPM, se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, y a COLPENSIONES aceptarlos y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad (ver demanda folios 01 a 19 archivo 02 subsanación demanda archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la afiliación de la demandante goza de validez por 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 *SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado (sic) para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica* (ver contestación folios 3 a 25 del archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el traslado de régimen pensional que efectuó la demandante es válido como quiera que estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, y es improcedente declarar un error de derecho por el desconocimiento o ignorancia de normas legales, aunado a que la demandante no aporta prueba alguna que dé cuenta que el acto de traslado se hubiera efectuado con vicios del consentimiento que lo hagan nulo. Sostiene que no es viable que la demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales y no lo hizo. Formuló las excepciones

EXP. 22 2020 00507 01

Alba Yaneth Forero Barreto Contra Colpensiones y Otro.

de fondo que denominó *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe* (ver contestación folios 2 a 28, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalado en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, y no es posible tenerla como afiliada del RMP. Aduce que está válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad por suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, pues para ese momento no estaba inmersa en alguna causal de prohibición, y la suscripción del documento era prueba de aceptación de las características del RAIS. En su defensa propuso como excepción previa la de *falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa*, y como excepciones de mérito las que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación folios 04 a 52, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS también contestó la demanda y se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra, en especial a la declaración de nulidad del traslado efectuado a dicha entidad desde otra administradora del mismo régimen. Aduce que brindó a la demandante asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones del traslado dentro del RAIS, las diferencias entre este y el RPM, las ventajas y desventajas, sobre bonos pensionales, sobre la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y el derecho de retracto, como lo refirió al suscribir el formulario correspondiente. Resaltó que los posteriores traslados efectuados dentro del mismo régimen ratificaron su voluntad de permanencia, lo que desvirtúa el presunto engaño al que habría sido sometida para realizar el traslado. Expuso que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no contaba con una expectativa legítima de alcanzar la pensión para el momento del traslado. Propuso como excepciones las de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la*

EXP. 22 2020 00507 01

Alba Yaneth Forero Barreto Contra Colpensiones y Otro.

causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (ver contestación folios 4 a 19 del archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Dentro del término de traslado, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (folios 73 a 76 archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia), el que fue rechazado por auto del 25 de septiembre de 2023 (archivo 33, del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de enero de 2024 mediante la cual la Juez Veintidós (22) 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 literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora ALBA YANETH FORERO BARRETO, al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 15 de diciembre de 1995. En consecuencia, se declara que para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: SE CONDENA a SKANDIA, fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante a que traslade a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus correspondientes rendimientos y los bonos pensionales si hay lugar a ello. También deberán trasladar el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y se le condenará la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro*

EXP. 22 2020 00507 01

Alba Yaneth Forero Barreto Contra Colpensiones y Otro.

previsional con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES, en los términos señalados en la parte considerativa de la presente decisión. TERCERO: SE CONDENAR a COLFONDOS y PORVENIR, a que remitan a COLPENSIONES los dineros que recaudaron por concepto de cuotas y gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a estos fondos debidamente indexados, conforme quedó explicado en esta providencia. CUARTO: SE DECLARA que COLPENSIONES, bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegarán a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES, a que reciba los dineros provenientes de PORVENIR, COLFONDOS y SKANDIA, y efectúe los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia. SEXTO: SE DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por las demandadas PORVENIR, SKANDIA, COLFONDOS y COLPENSIONES, de conformidad con la parte motiva de esta decisión. SÉPTIMO: SE CONDENA en costas a cada una de las demandadas PORVENIR, SKANDIA, COLFONDOS y COLPENSIONES, y en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas. OCTAVO: CONSÚLTESE a la presente decisión en favor de COLPENSIONES, ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del código de procedimiento de trabajo y la seguridad social.” (Audiencia virtual, récord 17:16, archivo 43 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. pide se revoque la sentencia de primera instancia. Aduce que cumplió con las disposiciones vigentes para la época del traslado. En relación con los gastos de administración dice que tienen una destinación específica que se cumplió a cabalidad y se debe autorizar la restitución mutua de todos los recursos causados en el RAIS y no hasta el tope de los que se hubieran causado en el RPM. Señala que SKANDIA administra unos recursos aumentados por lo que no es posible un traslado sin obtener una previa compensación. En punto de los dineros destinados a las primas de los seguros previsionales señala que se cumplió con la finalidad de los mismos y no puede desconocerse la imposibilidad material de retornarlos por parte del

EXP. 22 2020 00507 01

Alba Yaneth Forero Barreto Contra Colpensiones y Otro.

fondo. En lo atinente a la indexación aduce que tampoco es procedente como quiera que los rendimientos son sumas actualizadas y por ello había doble condena¹ (Audiencia virtual, récord 19:40, archivo 43 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLFONDOS S.A. pide que se revoque el numeral tercero de la sentencia. Aduce que las sumas que se le ordenan devolver no se encuentran en su poder, las que además se casaron por mandato legal con una destinación específica que se cumplió; los gastos de administración son la contraprestación del fondo por la gestión que se representa en los rendimientos que incrementaron el saldo de la cuenta de ahorro individual; en cuanto a la indexación considera que esta se compensa con los rendimientos trasladados a HORIZONTE² (Audiencia virtual, récord 23:00, archivo 43 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “ muchas gracias su señorías siendo el momento procesal oportuno me permito presentar y sustentar en debida forma recurso ordinario de apelación ante el honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, sala laboral solicitando se revoque el fallo de primera instancia ello respecto a la declaratoria de ineficacia y consecuentemente la condena impuesta en contra de porvenir lo anterior honorables magistrados por cuanto mi representada cumplió con cada una de las obligaciones establecidas en la normativa para la fecha en que se efectuó el traslado de régimen pensional, por otra parte debe decirse que las sumas correspondientes a los **gastos de administración que se ordenan en el presente caso a trasladar tiene una destinación específica** por mandato legal la cual se cumplió por parte de mi representada de tal suerte que esa suma ya fueron debidamente invertidas en las formas exigidas en la ley y no se encuentran ya en el poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos, es así que en caso de que el despacho ordene que se deba retornar todos los recursos causados en el régimen de ahorro individual con solidaridad y no hasta el tope de los que se hubieran causado en el régimen de prima media, resulta necesario autorizar la **restitución mutua** a que haya lugar independientemente del motivo que da lugar a la presente ineficacia, se debe reconocer que actualmente **skandia administra unos recursos** ostensiblemente aumentados como consecuencia de en parte la administración que ejerció en su momento porvenir por tanto no es posible un traslado plano de los recursos hacia colpensiones sin obtener previamente una **compensación por parte de dicha administración** por otra parte, aquellos dineros que se destinaron a los **seguros de invalidez y sobrevivencia** se cubrió a la demandante durante toda su afiliación frente a las contingencias de invalidez y muerte o sea también se cumplió la finalidad de la ley y ahora pues no es admisible acceder a la condena toda vez que con dichos recursos se brindó cobertura a la afiliada además no puede desconocerse que en este punto existe una imposibilidad material toda vez que son dineros que ya no están en nuestro poder por tanto con la declaratoria de ineficacia existen prestaciones que por su misma naturaleza no pueden retrotraerse y son una excepción a los efectos retroactivos de esa figura para finalizar debe advertirse que es **improcedente la condena sobre indexación**, toda vez que como quiera a esa eventual condena de entrega de **rendimientos**, esos rendimientos son dineros actuales, por tanto imponer una indexación conllevaría una doble condena en contra de mi representada, además con dichos rendimientos le es permitido a Colpensiones cubrir el reconocimiento pensional con un bien mejorado producto de la profesional gestión de mi representada bajo dichos postulados su señoría dejo de presente el recurso de apelación, muchas gracias”.

² “gracias su señoría de manera respetuosa me permito presentar interponer recurso de apelación parcial en contra del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia que condenó a mi representada a devolver rubros que ya no se encuentran en su poder bajo los siguientes argumentos, tal como se expuso en los alegatos de conclusión y traigo a colación nuevamente el artículo 20 de la ley 100 de 1993, los fondos de pensiones privados están autorizados para efectuar estos descuentos a los afiliados y esta información

EXP. 22 2020 00507 01

Alba Yaneth Forero Barreto Contra Colpensiones y Otro.

En el recurso de SKANDIA S.A. pide que se revoque la orden de traslado de los recursos correspondientes a gastos de administración y primas de seguros previsionales indexados. Aduce que estos rubros tienen origen legal, no se encuentra previsto legalmente su traslado, ni se encuentran en su poder. Precisa que los gastos de administración generaron unos rendimientos como consecuencia de la buena gestión y las primas de seguros previsionales otorgan a la demandante unas coberturas que aún están vigentes. En relación con la indexación considera que se trata de una doble sanción pues los rendimientos compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, además no esta pretensión no se formuló en la demanda³ (Audiencia virtual, récord 26:15, archivo 43 del expediente digital, trámite de primera instancia).

también es puesta en conocimiento de los afiliados a través de los extractos financieros, en donde se detalla cuál es el porcentaje que se descuenta por gastos de administración, cuál es el porcentaje que se descuenta por primas de seguros previsionales, y en último se explica también cuál es el porcentaje final que va a la cuenta de ahorro individual del afiliado respecto de todos su cotización, ya sea a través de sus empleadores, o de manera independiente luego entonces cómo se expuso los gastos de administración es una contraprestación del fondo de pensiones privado por la gestión que se ve retribuido o se ve representada en los rendimientos financieros que favorecen a los afiliados y que aumentan el valor de su cuenta de ahorro individual y que ayuda a palancar y a financiar su prestación pensional respecto de las primas de seguros previsionales esta tiene como finalidad el pagar aseguradoras terceras de buena fe que cubren a los afiliados en las contingencias derivadas de la invalidez y la muerte ello pues con la finalidad de que en caso de que se vea incurra en una afectación a la póliza, pues estas es la aseguradora quien entra a responder con sus rubros, con su patrimonio, luego entonces condenará a colfondos a devolver estos rubros más de manera indexada es una afectación a mi representada que en su momento obro de buena fe en recibir a la demandante proveniente ya de otro fondo de pensiones privado y también a permitir a que está en el año 2002 se trasladara de colfondos a horizonte luego entonces la indexación es una condena que claramente puede compensarse con los rendimientos financieros que en su momento fueron trasladados a horizonte en el momento en que la actora decide vincularse a este fondo de pensiones máxime cuando en el fondo o el régimen privado es una o los afiliados tienen cada uno una cuenta de ahorro individual y no es como el régimen público en donde el dinero es de todos y está incluido tanto los actuales pensionados como los actuales cotizantes y pues cada fondo debe responderle a cada afiliado por lo obrante en su cuenta de ahorro individual de esta manera entonces dejo sentado mis recurso de apelación reiterando la solicitud elevada al honorable tribunal superior de Bogotá en su sala laboral que se revoque la condena impuesta a COLFONDOS S.A gracias”.

³ “Gracias su señoría skandia presenta parcialmente y sustenta parcialmente recurso apelación contra la sentencia que se acaba de proferir los argumentos son los siguientes el motivo de presentar y formular este recurso se basa en la decisión de primera instancia de condenar a mi representada skandia a retomar o trasladar recursos referentes a los gastos de administración primas de seguros prevencional y esos rubros de manera indexada el fundamento de estos recursos es el siguiente, si en el presente caso ya se formuló se declaro mejor la ineficacia del traslado esa ineficacia trae una consecuencia que efectivamente es trasladar unos recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media pero dentro de esos traslados de esos recursos debemos regular o debemos ceñirnos a las disposiciones que consagran la materia y en ese orden de ideas encontramos el decreto 3995 del año 2008, artículo séptimo que contempla los emolumentos que deben trasladarse y en él no se señala de manera taxativa que deban recaer sobre los gastos, las primas de seguros previsionales considera la suscrita que no están contemplados en dicha norma porque guarda relación armónica a su vez con las disposiciones de ley 100 del 93, especialmente artículo 20, que como bien lo ha señalado la apoderada de porvenir y la apoderada de Colfondos, pues son conceptos y rubros que ya no se encuentran en poder de mi representada, y en el caso particular en las dos oportunidades que ha estado la afiliada con mi representada SKANDIA dado que precisamente se le dio una correcta y sobre todo eficiente administración de los

EXP. 22 2020 00507 01

Alba Yaneth Forero Barreto Contra Colpensiones y Otro.

En el recurso COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia. Afirma que actuó con buena fe y la negativa de recibir a la demandante se basó en la prohibición prevista en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003. Aduce que la demandante se trasladó por su voluntad, lo que se corrobora con la suscripción del formulario de afiliación y se ratifica con la permanencia de la demandante en el RAIS, y que la validación de retorno al RPM afecta la estabilidad financiera del sistema. Pide que se revoque la condena en costas⁴ (Audiencia virtual, récord 30:45, archivo 43 del expediente digital, trámite de primera instancia).

aportes realizados por la demandante, generando así unos rendimientos, y es así que no es viable en ese sentir la magistrada de manera muy respetuosa hacer unos retornos de unos rubros y unos conceptos que en cumplimiento de la misma ley se la ha dado una destinación específica, ahora bien parte de estos rubros y además como lo señala la sentencia de retomar unas primas es para pagar y sufragar unas pólizas referentes a unas primas de seguros previsionales del cual incluso la señora alba Yaneth hoy disfruta hasta la ejecutora de esta sentencia la señora alba por parte de las aseguradoras goza de una eventual protección en caso de un fallecimiento o una enfermedad grave es así su señoría, que dichas pólizas son pagadas a un tercero y no es SKANDIA en este momento quién tiene en su poder dichas pólizas sino un tercero teniendo en cuenta este contexto, digamos como normativo que me lleva a presentar este recurso de apelación, son las razones jurídicas que me llevan a formular el mismo pero si eventualmente honorables magistrados se confirma la sentencia en los términos indicados solicitó se revoque la indexación, como lo señala la apoderada de porvenir ordenar indexar es señalar doble sanción por un mismo hecho a las demandadas especialmente a SKANDIA dado que si ya se están ordenando los rendimientos, que a su vez es contrario de la naturaleza de la ineficacia dado que se debía dejar sin sustento y sin piso alguno los efectos de la misma, pero se les sigue dando efectos con los rendimientos si ya se están ordenando los rendimientos de esta manera se estaría compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda y no habría lugar a indexar aún más cuando en la demanda no fue solicitado dentro de sus pretensiones ni tampoco se puso en tela de discusión en la fijación de litigio al respecto. dicha indexación en materia laboral, en este caso o en esos tipos de juicios, no opera de manera automática e inmediata, teniendo en cuenta precisamente las condiciones especiales que tiene este tipo de procesos de ineficacia del traslado que se genera una devolución de unos rendimientos y como ya lo indiqué anteriormente, de esta manera se estará compensando cualquier depreciación es así honorables magistrados pues que de manera muy respetuosa y también insistente porque SKANDIA acostumbra y está dentro de sus políticas y directrices formular esos recursos estas condenas es que formuló el presente recurso su señoría muchas gracias”.

⁴ *“muchas gracias, señora juez estando en la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación a la sentencia que acaba de proferir de la siguiente 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 a recibir nuevamente aquí a la demandante se basa únicamente y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal de literal e del artículo 13 de la ley 100 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 además en caso de que desee retornar al régimen de prima media administrado por colpensiones, por considerar que le resulta más favorable a sus expectativas de pensión, no podrá hacerlo si le faltará 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez en virtud de la asequibilidad condicional, artículo 13 de la ley 100, declarada en la sentencia c 1024 del 2004 y la su 130 por ello, la declaratoria de ineficacia de traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados 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 vea beneficiada con los rendimientos que han obtenido los afiliados del régimen de prima media que pertenecen a este régimen es de señalar que el traslado de los aportes enunciados anteriormente se realizó como plena voluntad del demandante y en consecuencia,*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada del régimen de ahorro individual y condenar a mi representada recibir los aportes para activar su afiliación a su cargo, teniendo en cuenta que la decisión propia es la decisión propia la hizo la demandante suscribiendo el formulario para efectuarlo con la voluntad que se vio ratificada con más de 28 años que ha realizado cotizaciones al régimen de ahorro individual con solidaridad frente a las costas procesales y agencias en derecho se debe tener en cuenta que colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver con la decisión que tomó la demandante en trasladarse al régimen por lo cual una decisión autónoma libre y voluntaria no puede cargar impositivamente a mi representada que nada influencio la decisión de la demandante, y teniendo en cuenta el artículo 48, el inciso quinto de la constitución política del artículo 365 número 5 del código general del proceso, por lo que ruego a su señoría absolver a esta y en su lugar condene a la demandante y por esto y todas las actuaciones desplegadas de Colpensiones, esta debe ser absuelta de toda la condena interpuesta por el juez de primera instancia con esto doy por terminado la sustentación del recurso interpuesto gracias.”

EXP. 22 2020 00507 01

Alba Yaneth Forero Barreto Contra 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 (...)”.

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 30⁵ años de edad y había cotizado 332,2⁶ 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 04 años, 10 meses y 05 días)⁷, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 55 años de edad- ver folio 20 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

⁵ Nació el 29 de abril de 1965, folio 20 archivo 01

⁶ Ver historia laboral de Porvenir folio 32 a 37 archivo 17

⁷ Ibidem

EXP. 22 2020 00507 01

Alba Yaneth Forero Barreto Contra Colpensiones y Otro.

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 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,*

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. 22 2020 00507 01

Alba Yaneth Forero Barreto Contra Colpensiones y Otro.

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 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 de 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 dijo que hicieron una reunión en la empresa que laboraba para el año 1995, el asesor de PORVENIR les habló sobre la crisis del ISS, la creación de los fondos privados y les indicó que se

EXP. 22 2020 00507 01

Alba Yaneth Forero Barreto Contra Colpensiones y Otro.

debían trasladar a un fondo privado. Dijo que le expusieron algunas de las ventajas del fondo privado, sin que le brindaran información sobre las condiciones para acceder a la pensión, las diferencias de los regímenes pensionales ni las consecuencias del traslado; frente a los traslados horizontales a otros fondos tampoco reconoció haber recibido ilustración suficiente (Audiencia virtual del 23 de enero de 2024).

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 se puede entender como un *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; 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 con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos, bonos pensionales si hay lugar a ello, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional debidamente indexados, a cargo de aquella y de COLFONDOS y PORVENIR por el tiempo que estuvo afiliada a cada una de ellas, pues así lo tiene definido la Sala Laboral de la Corte en las sentencias que se están aplicando (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). Ello implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es

EXP. 22 2020 00507 01
Alba Yaneth Forero Barreto Contra Colpensiones y Otro.

decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993¹⁰), los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Ante estas definiciones jurisprudenciales no es posible, como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia 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 con dichas entidades en el caso bajo estudio.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR, COLFONDOS, SKANDIA y COLPENSIONES.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR, COLFONDOS, SKANDIA y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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. 22 2020 00507 01

Alba Yaneth Forero Barreto Contra Colpensiones y Otro.


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
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. 22 2021 00098 01
Luis Guillermo Mose-ton Ruiz 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 LUIS GUILLERMO MOSETON RUIZ CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 11 de octubre de 2023 por la Juez Veintidós (22) 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 GUILLERMO MOSETON RUIZ 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 absoluta* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada a través de PORVENIR, así como la de los demás traslados horizontales. En consecuencia pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, y se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales (ver demanda folios 01 a 19 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 22 2021 00098 01
Luis Guillermo Moseton Ruiz Contra Colpensiones y Otro.

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

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional que efectuó el demandante es estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, y es improcedente declarar un error de derecho, aunado a que el demandante no aporta prueba alguna que dé cuenta de que el acto de traslado se hubiera realizado con algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que el demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales y no lo hizo. Formuló las excepciones de fondo que denominó *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica* (ver contestación folios 2 a 28, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, y no es posible tenerlo como afiliado del RMP. Aduce que está válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad por haber suscrito el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria documento que prueba la aceptación de las características del RAIS. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación folios 04 a 41, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de octubre de 2023 mediante la cual la Juez Veintidós (22) 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

EXP. 22 2021 00098 01
Luis Guillermo Mose-ton Ruiz Contra Colpensiones y Otro.

solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor LUIS GUILLERMO MOSETON RUIZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 7 de abril de 1994. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A, fondo en el que se encuentran los aportes del demandante, a que traslade a COLPENSIONES, el saldo existente de la cuenta ahorro individual del actor junto con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, asimismo se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES. TERCERO: SE DECLARA que COLPENSIONES, bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegarían a causar por asumir la obligación pensional del demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal efecto. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba los dineros provenientes de PORVENIR, y efectúe los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado en esta providencia. QUINTO: DECLARAR NO probadas las excepciones propuestas por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en esta sentencia. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, en favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas y en favor de la parte actora. OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión en favor de COLPENSIONES, ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en los términos del artículo 69 del código de procedimiento del trabajo y la seguridad social.”*

EXP. 22 2021 00098 01

Luis Guillermo Moseton Ruiz Contra Colpensiones y Otro.

(Audiencia virtual, récord 43:52, archivo 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. presenta apelación contra del numeral segundo de la sentencia en lo que tiene que ver con la devolución de los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el pago de los seguros previsionales de forma indexada. Afirma que se generaron unos rendimientos en favor del demandante que fueron objeto de devolución, y la pérdida del poder adquisitivo se ve compensada con los rendimientos de la cuenta que son superiores a los que se hubieran generado en el RPM, mismos que usará COLPENSIONES para sufragar la prestación del demandante, entonces, el pago de indexación resulta una doble condena a cargo del fondo, además la indexación no fue objeto del litigio¹ (Audiencia virtual, récord 42:52, archivo 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“muchas gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso apelación en contra de la sentencia de instancia solicitando a los honorable tribunal superior en su sala laboral, se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de afiliación del demandante al régimen de ahorro individual, así como las condenas impuestas en contra de la afp porvenir conforme a las siguientes consideraciones en primer lugar, debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable corte suprema de justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, en efecto, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria previa a una asesoría individual sin presiones e informado todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado en el caso del demandante en el año 1996 asimismo, debe aclararse, no se exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual se encontraban establecidas en la ley 100 del 93 por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada de igual manera también están los canales de comunicación, por lo que en cualquier momento pudo solicitar una reasesoría, como bien se dijo en las consideraciones. también cuando el demandante iba a cumplir 52 años, mi representada le envió un informe, pues hablándosele sobre la prohibición de trasladarse después de los 10 años y el usuario pues, decidió seguir vinculado a porvenir de igual manera, como todo consumidor financiero, pues el demandante debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento asimismo 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. en relación con los rendimientos, debe señalarse que de ser declarado ineficaz. el traslado el efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que se generarían en el instituto de seguros sociales hoy Colpensiones, y no los que se generaron en el régimen de ahorro individual con solidaridad pues no tiene sentido que si el traslado del régimen de ahorro individual no surtió ningún efecto legal se obligue a trasladar los rendimientos propios de este régimen en caso contrario por efectos de las restituciones*

EXP. 22 2021 00098 01

Luis Guillermo Moseton Ruiz Contra Colpensiones y Otro.

En el recurso de COLPENSIONES, solicita se revoque la sentencia. Afirma que fue un tercero en la afiliación y que su posición tiene como sustento la prohibición legal de traslado. Pide que se revoque la condena en costas²

mutuas al trasladar los frutos generados por el régimen, el cual se predica, pues nunca existió, el afiliado debería reconocerse en consecuencia a mi representada los gastos en que incurrió para poder administrar los aportes y generar estos rendimientos gastos que se sintetizan en la comisión de administración y las primas de seguros previsionales para efecto de la cobertura de la pensión en los casos de invalidez y muerte aquí se debe aclarar que mi representada estaba en obligación de contratar estos seguros previsionales y estos seguros previsionales se contrataron de acuerdo con la ley y cubrieron los riesgos de invalidez y muerte durante toda la afiliación del aquí demandante por lo que no tiene sentido que esos dineros que ya salieron de las arcas de mi representada pues también se obligue a trasladar de hecho pues en este panorama la afp ha actuado como un agente oficioso involuntario en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del código civil en cuanto pues creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otro en este caso entiéndase por Colpensiones y luego declarar la ineficacia del acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que habría tenido los aportes de haber sido gestionados por el encargado y si ello es así pues esa agencia oficiosa involuntaria debió dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que solamente debería estar obligada a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían tenido los aportes de haberse administrados por esta entidad o entregar los aportes con los rendimientos que se generaron en el régimen privado pero con el reconocimiento de los gastos de administración en el mismo orden de ideas, pues no es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por conceptos de primas de los seguros por cuanto, pues como ya lo expliqué anteriormente, ya no se encuentran en su poder, sino en la compañía aseguradora que contrató para la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requerían en línea con lo señalado anteriormente, 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 de vigilar, entre otras, a las sociedades administradoras de fondos de pensiones, y que cuenta dentro de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia esta corporación ha señalado que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con las normas específicamente prevista para ello que es el artículo séptimo del decreto 3995 del 2008 disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye la restituciones se solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada, en la medida que igualmente en la decisión se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentra en la cuenta individual del demandante y ellos así pues, por como bien lo ha señalado el tribunal superior del distrito judicial de Cundinamarca, como el tribunal superior de cali, pues se ha determinado que no es viable ordenar la indexación juntos con los rendimientos porque pues es importante recordar que la indexación lo que quiere es compensar la pérdida adquisitiva que tiene el dinero al transcurrir los años y pues con la orden de traslado también los rendimientos, cualquier pérdida adquisitiva que hubiese sufrido la moneda, pues ya fue compensada con los rendimientos y por ello no hay lugar a la indexación por último en lo que corresponde a las agencias en derecho debe declararse que desestimar la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a los que fue condenada mi representante por pues por consiguiente deberá desestimarse la condena en costas y en todo caso, pues como ya se dijo en los alegatos mi representada no podía negarse a la libertad de afiliación del demandante en el año de 1996 y es por todo lo anterior su señoría, que solicito respetuosamente al honorable tribunal superior revocar la sentencia de instancia respecto de las condenas impuestas en contra de la afp porvenir muchas gracias.”.

² “considero que Colpensiones no vulneró los derechos de la parte demandante ya que actuó conforme al ordenamiento jurídico lo anterior basado en que respecto a la declaración de ineficacia de afiliación por parte del accionante, teniendo en cuenta que jurisprudencialmente, pues se ha informado que cada caso concreto debe ser mirado en específico y que el accionante suscribió el traslado bajo plena voluntad y asimismo, pudo validar en cualquier momento la información que se le estaba dando puesto que tenía la disponibilidad de realizar una asesoría en cuanto a la información que requería respecto a todo el cambio de régimen en conclusión dicho traslado tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del régimen suscrito en 1996 con la administradora de pensiones y cesantías porvenir conforme a lo estipulado en el artículo dos de la ley 797 de 2003, el cual modificó literal e del

EXP. 22 2021 00098 01
Luis Guillermo Mose-ton Ruiz Contra Colpensiones y Otro.

(Audiencia virtual, récord 48:42, archivo 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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*

artículo 13 de la ley 100 de 1993 donde se señala que después de 1 año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando faltarán 10 años o menos para cumplir la edad, para tener así derecho a la pensión de vejez. así mismo su señoría, solicito de desestimar la indexación y los intereses, toda vez que para que haya lugar al reconocimiento de los mismos como presupuesto inexorable, debe existir un derecho reconocido y no pagado en oportunidad, sin embargo, el objeto de la litis fue establecerse que la demandante era beneficiaria de la misma en cuanto a las agencias de derecho, solicitó desestimar la condena en costas impuestas anteriormente toda vez no se puede condenar en costas por un proceso de afiliación en el que no fue participes, teniendo en cuenta el artículo 48, inciso 5, de la constitución política y el artículo 365, numeral 5 del código general del proceso en ese sentido, señor juez, dejó presentado mi recurso de apelación.”

EXP. 22 2021 00098 01

Luis Guillermo Moseton Ruiz Contra 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 (...)”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 29³ años de edad y había cotizado 298,2⁴ 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 7 meses y 17 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 75 del archivo 15 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

³ Nació el 24 de febrero de 1965, folio 75 archivo 15.

⁴ Ver historia laboral de Porvenir folio 36 a 41 archivo 14.

⁵ Ibidem

EXP. 22 2021 00098 01

Luis Guillermo Moseton Ruiz Contra Colpensiones y Otro.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema 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,*

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 disentar 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. 22 2021 00098 01

Luis Guillermo Mose-ton Ruiz Contra Colpensiones y Otro.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que, en una reunión en el año 1994 en la empresa en la cual laboraba, los asesores les dijeron que PORVENIR iba a reemplazar al ISS porque este último se iba a acabar, pero nada más le

EXP. 22 2021 00098 01
Luis Guillermo Mose-ton Ruiz Contra Colpensiones y Otro.

dijeron, ni sobre los requisitos para acceder a la pensión ni sobre el funcionamiento del RAIS (Audiencia virtual del 17 de octubre de 2023).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración, primas del seguro previsional debidamente indexados, porque así lo definió la Corte (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).

En el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes⁸, los cuales se deben devolver

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. 22 2021 00098 01
Luis Guillermo Mose-ton Ruiz Contra Colpensiones y Otro.

“*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración e indexación con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte todos estos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia 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 con dichas entidades en el caso bajo estudio.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 22 2021 00098 01
Luis Guillermo Moseston Ruiz 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. 23 2019 00431 01
Luis Fernando Tabora López contra Gladys Inés Devia Cerquera

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS FERNANDO TABORDA LOPEZ CONTRA
GLADYS INES DEVIA CERQUERA.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de septiembre de 2023 en la que se CONDENÓ a GLADYS INES DEVIA CERQUERA a pagar al demandante \$8.479.745 por concepto de honorarios.

ANTECEDENTES

Actuando en su propia causa LUIS FERNANDO TABORDA LOPEZ presentó demanda contra GLADYS INES DEVIA CERQUERA para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios profesionales y se condene a la demandada a pagar, por concepto de honorarios, el 40% de la suma de dinero que recibió la demandada en el *proceso ordinario verbal de nulidad de promesa de compraventa* que adelantó como apoderado, la indexación e intereses causados.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que tramitó por encargo de la demandada el proceso antedicho en los juzgados civiles, y por su gestión se obtuvo el pago de \$85.000.000. Indica que antes del inicio de dichas acciones tramitó proceso penal contra los deudores, frente al cual la demandada le hizo algunos pagos (ver demanda folios 2 a 9, archivo 01, primera instancia).

Exp. 23 2019 00431 01
Luis Fernando Taborda López contra Gladys Inés Devia Cerquera

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, GLADYS INES DEVIA CERQUERA la contestó a través de apoderado judicial. Aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones afirmando que contrató al demandante para que se cumpliera una promesa de compra y el abogado decidió equivocadamente adelantar para el efecto un proceso penal en el que reclamó la indemnización de perjuicios, proceso que culminó sin éxito cuatro años después de iniciado; posteriormente el demandante tramitó, con el mismo objeto, dos acciones civiles: una de nulidad de acto simulado y otra de rescisión de un contrato de compraventa sobre bien inmueble. Considera que los pagos que se hicieron al terminar dichos procesos (\$84.797.450,11) ocurrieron porque *“la demandada consideró que debía devolver el capital es decir \$45.000.000 y se debía pagar una indexación”*. Aduce que desde el inicio se pactó con el demandante el pago de \$3.600.000 por todas las gestiones relacionadas con la promesa de compraventa incumplida, suma que ya pagó a cabalidad. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *cobro de lo no debido, buena fe exenta de culpa, ausencia de claridad del título ejecutivo complejo, falta de cuidado en el patrimonio de honorarios profesionales, inexistencia y claridad respecto del porcentaje indemnizatorio, inexistencia del derecho pretendido y alcance al contrato de mandato, mala fe en la exigencia del reconocimiento de dineros ya cancelados o ya pagados, y la genérica* (ver archivo 31, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 20 de septiembre de 2023, mediante la cual, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, CONDENÓ a la demandada a pagar en favor de LUIS FERNANDO TABORDAN LOPEZ \$8.479.745 por concepto de honorarios profesionales, e indexación. Para tomar su decisión encontró probada la existencia de un contrato verbal de mandato para las gestiones adelantadas, y tasó el monto en el 10% de las sumas recibidas para lo cual aplicó las tarifas del Colegio Nacional de Abogados.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: TASAR los honorarios por la labor desarrollada por el Dr. LUIS FERNANDO TABORDA LOPEZ, quien fungió como apoderado de GLADYS INÉS*

Exp. 23 2019 00431 01
Luis Fernando Taborda López contra Gladys Inés Devia Cerquera

DEVIA CERQUERA dentro del proceso radicado bajo el número 2018-00064 adelantado en el juzgado 01 Civil del Circuito de Bogotá, en la suma de \$8.479.745. SEGUNDO: CONDENAR a GLADYS INÉS DEVIA CERQUERA a reconocer y pagar al Dr. LUIS FERNANDO TABORDA LOPEZ la suma de \$8.479.745 por concepto de honorarios de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión, suma que deberá ser indexada desde el 11/03/2019 hasta el momento de su pago efectivo, de conformidad con el IPC certificado por el DANE. TERCERO: COSTAS lo serán cargo de la parte demandada” (Audiencia virtual archivo 015 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 46:55).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la DEMANDADA aduce que no hay *claridad* sobre el contrato de mandato y que fue el demandante quien decidió inicialmente adelantar un proceso penal cuando la vía adecuada eran la civil, que solo se intentó cuando pasados 4 años de encomendada la gestión y sin acodar específicamente y *de manera certera* un pacto de honorarios (Audiencia virtual archivo 015 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 48:28).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que el demandante realizó gestiones judiciales en favor de la demandada ante jueces de las especialidades penal y civil de la jurisdicción ordinaria, relacionadas con la ejecución de un contrato de promesa de compraventa.

En consonancia con las materias que fueron objeto de apelación y delimitan por ello la competencia del Tribunal en segunda instancia (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si se causaron o no honorarios en favor del demandante por las gestiones adelantadas ante la jurisdicción civil.

Para resolver lo que corresponde, los artículos 2142 y 2143 del Código Civil definen al *mandato* como el contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. El contrato puede ser gratuito u oneroso y se entiende oneroso cuando se pacta para la gestión de trámites judiciales -salvo prueba

Exp. 23 2019 00431 01
Luis Fernando Taborda López contra Gladys Inés Devia Cerquera

en contrario- y la remuneración se define *por lo acordado entre las partes antes o después del contrato*, y a falta de acuerdo por las normas de aplicación general, así¹: (i) con los lineamientos que fijan los colegios de abogados para los servicios profesionales del gremio en la región donde se prestó el servicio, cuando se trata de gestiones que realiza el abogado por fuera del proceso judicial, y (ii) con los lineamientos que definió el Consejo Superior de la Judicatura para gestiones adelantadas en un *proceso judicial*, entre otros en los Acuerdos 1887 de 2003 (modificado por los acuerdo 2222 del mismo año) y 10554 de 2016.

Con estas reglas procesales el Tribunal confirmará la decisión apelada, pues se demostró que el contrato de mandato acordado entre las partes tenía carácter oneroso y de ello surgió para el mandante la obligación de pagar la remuneración. Así lo reconocieron ambas partes en los interrogatorios de parte y lo declaró el testigo traído al proceso al señalar que por la gestión encomendada al abogado se acordó que recibiría un precio (honorarios).

Además ninguna prueba útil se allegó al expediente sobre un pacto de servicios gratuitos o no remunerados para las gestiones que adelantó el demandante en la jurisdicción civil.

Como tampoco se logró probar con suficiencia que las partes hubieran acordado un valor específico como honorarios por la gestión adelantada en parte ante la jurisdicción civil, se debía acudir a las reglas de aplicación general, tal como lo hizo el juez de primera instancia en la sentencia apelada.

A juicio del Tribunal no es posible aceptar la división que plantea la demandada en dos contratos de mandato, uno para el trámite en la justicia penal y otro para los procesos de la jurisdicción civil, pues como se reconoció al contestar la demanda y lo corroboraron todos los declarantes, la gestión tenía un solo objeto: velar por los intereses de la demandada en relación con un contrato de promesa de compraventa incumplido.

¹ Expediente 10046, diciembre 10 de 1997, expediente 10046, Magistrado Ponente FRANCISCO ESCOBAR ENRIQUEZ

Exp. 23 2019 00431 01
Luis Fernando Tabora López contra Gladys Inés Devia Cerquera

Puestas así las cosas y dado que el recurso de la demandada no planteó oposición frente al valor que tasó la sentencia de primera instancia por los honorarios causados, resultan suficientes los argumentos expuestos para desatar la alzada.

Por el resultado del recurso, las COSTAS en esta instancia corren a cargo de la parte 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

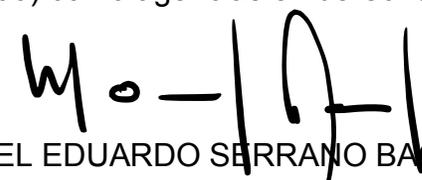
1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo del demandado.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 26 2022 00011 01
Susana Melo López 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 SUSANA MELO LÓPEZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 01 de febrero de 2024 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 apoderada, SUSANA MELO LÓPEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por la falta al deber de información del fondo demandado. En consecuencia pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, se ordene a COLFONDOS y PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes por cotizaciones, rendimientos, intereses de su cuenta de ahorro individual, valor del bono y monto de las indexaciones correspondientes de su cuenta de ahorro individual,

EXP. 26 2022 00011 01
Susana Melo López Contra Colpensiones y Otros.

junto con los gastos de administración, debidamente indexados, sin ninguna deducción, por el periodo en el que permaneció afiliada en dichas administradoras, y se ordene a COLPENSIONES recibirla como afiliada sin solución de continuidad (ver demanda folios 2 a 15 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia, subsanación de demanda).

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

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones de dirigidas en su contra, en especial a la declaración de nulidad del traslado efectuado a dicha entidad desde otra administradora del mismo régimen. afirma que brindó a la demandante asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones de trasladarse dentro del RAIS, las diferencias entre este y el RPM, ventajas y desventajas, bonos pensionales, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y derecho de retracto, como consta en el formulario que suscribió la demandante. Resaltó que el traslado horizontal ratifica su voluntad de permanencia lo que desvirtúa el presunto engaño al momento del traslado. Expuso que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no contaba con una expectativa legítima de alcanzar la pensión. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y la de compensación y pago* (ver contestación folios 5 a 19, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que al expediente no se aporta prueba que acredite que se hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información a la demandante, o que esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Tampoco obra alguna nota de protesta que permita inferir que ella se encontraba inconforme con el régimen al que estaba afiliada; por el contrario, las pruebas documentales dan cuenta de que la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Advierte que en

EXP. 26 2022 00011 01
Susana Melo López Contra Colpensiones y Otros.

el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 por lo que no es procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de fondo las que denominó *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 2 a 14 archivo 16, primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda que involucran a esa entidad, en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante a ese fondo. Aduce que se hizo mediante un acto jurídico existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata con 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, generó derechos y obligaciones, y cumple con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación, pues está establecida en la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y 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* (ver contestación folios 69 a 86 archivo 17 y subsanación de la demanda archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 01 de febrero de 2024 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

EXP. 26 2022 00011 01
Susana Melo López Contra Colpensiones y Otros.

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 ineficaz el traslado efectuado por la demandante SUSANA MELO LÓPEZ, 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 aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, así como los dineros descontados por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos. TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS a que remita a COLPENSIONES los dineros que descontó de la cuenta de ahorro individual de la demandante que correspondían a gastos de administración, primas de seguros, previsionales de invalidez y sobrevivencia, y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES, para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. QUINTO: DECLARAR NO probadas las excepciones propuestas. SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones COLFONDOS y PROTECCIÓN, a razón de un 50% a cargo de cada una de ellas, fijándose como agencias en derecho a la suma de \$1.500.000.”* (Audiencia virtual, récord 39:43, archivo 40 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS S.A. indica que siempre cumplió con el deber de información respecto las características, ventajas y desventajas propias del régimen sin que existiera omisión alguna. Señaló que al suscribir el formulario de afiliación la demandante dejó constancia de su elección libre, espontánea

EXP. 26 2022 00011 01
Susana Melo López Contra Colpensiones y Otros.

y sin presiones. Afirma que no existe justificación jurídica para exigir algo diferente o el cumplimiento de normas que no se encontraban vigentes en dicha época. Se opone a la devolución de los rendimientos intereses y frutos, pues resulta contradictorio la declaratoria de ineficacia con la devolución de los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales, como quiera que las normas son inescindibles, situación que genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES¹ (Audiencia virtual, récord 41:10, archivo 40 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “gracias en nombre y representación de Colfondos presentó recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el honorable despacho nuestro recurso es porque jurídicamente nos encontramos inconformes y esa inconformidad jurídica radica en que Colfondos siempre cumplió con el deber de informar sobre las características, ventajas y desventajas propias de cada régimen jamás existió omisión en la información, como tampoco indebida o equivocada asesoría por parte de mi representado resulta claramente demostrado lo que argumentamos toda vez que al momento de suscribir el formulario de afiliación la accionante dejó constancia de que su elección fue efectuada de manera libre, espontánea y sin presiones y por qué exige por qué solamente tiene COLFONDOS y los demás fondos privados como prueba de ello el simple formulario de afiliación, porque esas asesorías se daban de forma verbal para la época, hace más de 20 años pues los fondos no contaban con la tecnología necesaria que les permitiera grabar de manera telefónica o a través de otro sistema cada palabra que se le decía al potencial afiliado pero el hecho de que tengamos solamente el formulario de afiliación y que no tengamos la asesoría que nunca se grabó pero que sí se dio como lo acabo de informar, es que el artículo 11 del decreto 692 de 1994, no exigía nada diferente al formulario de afiliación tal cual como lo tenía Colfondos en ese entonces así las cosas tendremos entonces que inevitablemente hablar del artículo 29 de la constitución política este habla sobre el debido proceso y dice que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se juzga teniendo en cuenta lo anterior, el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en la posibilidades de defensa o en la oportunidad de interponer recursos, sino que además exige el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga el juzgamiento de conductas de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica y viola gravemente el debido proceso porque hoy en día no nos están exigiendo lo que han exigido a partir del 2004 hacia acá, que la doble asesoría sea grabada telefónicamente antes no nos exigían eso por lo tanto, los fondos no actuábamos por fuera de la ley ahora bien, dentro de los fallos sobre los cuales se están emitiendo sentencias en primera y segunda instancia y que provienen de la línea jurisprudencial de la corte suprema de justicia dentro de los procesos ordinarios laborales relacionados con nulidad de traslado de régimen, la corte hace que la interpretación del artículo 1604 del código civil que realiza la corte hace que esta responsabilidad esté en cabeza de los fondos y se convierta en objetiva, toda vez que no le exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio fuerza dolo al momento de afiliarse al RAIS pero si obliga en cambio, a que toda la carga probatoria recaiga sobre la parte demandante, sin que exista un menor esfuerzo procesal de la parte actora en este sentido el decreto 2241 de 2010, establece el régimen de consumidor financiero y determina las obligaciones que están en cabeza es que ellos también tienen obligaciones, lo que desconoce la corte es que toda la obligación es del fondo los afiliados al sistema general de pensiones tienen unas obligaciones que el decreto 2241 se las estableció y dice que, como deberes mínimos en cabeza de los afiliados, se destaca que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de pertenecer en el régimen seleccionado y es que estamos hablando de que a la demandante le llegaban sus estratos informándole sobre los rendimientos que tenía, su ahorro, su dinero depositado en la cuenta de ahorro individual, es decir, ella sí sabía cómo funcionaba el régimen de ahorro individual y eso significa que si fue ilustrada en su momento por los asesores de Colfondos, porque ella sabe que esos dineros no los va a recibir en el régimen de prima media no los recibiría, ahora bien continuando con el análisis, y en lo que tiene que ver con la devolución de rendimientos, intereses y demás frutos, consideramos jurídicamente contradictoria la siguiente situación, solicita la parte demandante que se declare que para efectos legales sea ineficaz el traslado de régimen realizado. en otras palabras, lo que está pidiendo y lo que esto implica es que se declare que legalmente la accionante nunca estuvo afiliada al régimen de prima media nunca fue trasladada al régimen de prima media, al régimen de ahorro individual y al mismo momento

EXP. 26 2022 00011 01
Susana Melo López Contra Colpensiones y Otros.

En el recurso de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia. Afirma que no se le pueden exigir pruebas inexistentes para la época del traslado, dado que la normatividad sólo imponía brindar información clara, precisa y detallada de manera verbal, y el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria sin coacción alguna. Aduce que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, además se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado. Solicita no se le impongan costas a la entidad dada la buena fe con la que ha actuado² (Audiencia virtual, récord 49:08, archivo 40 del expediente digital, trámite de primera instancia).

solicita el pago de los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros, previsionales de invalidez y sobrevivencia y además el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo que estuvo en Colfondos de lo anteriormente planteado, esto nos lleva con la siguiente conclusión si se declara que la demandante nunca estuvo afiliada al régimen de ahorro individual, entonces nunca obtuvo rendimientos, nunca causó el derecho a percibir el pago de los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, como tampoco el porcentaje destinado a los fondos de garantía de pensión mínima es de anotar que nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por ser inescindible, es decir, que yo no puedo tomar de una norma lo que me favorece y desechar otra, y lo mismo hacer con la otra, tomar lo que me favorece y desechar lo que no me favorece, o sea, yo no puedo coger de un régimen lo que me sirve y dejar lo que no me sirve cojo otro régimen y hago lo mismo, estoy creando como un tercer régimen híbrido porque es que de quedar en firme la decisión de acceder al tribunal, en este caso que se devuelvan todos esos dineros, se estaría originando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, toda vez que el régimen de prima media no se obtiene en esos rendimientos a los cuales nos están condenando devolver y pues esto se convierte en una situación jurídica de carácter imposible es por esto que yo ruego a los señores magistrados en segunda instancia que examinen nuestros argumentos y así tenga la posibilidad Colfondos de que su decisión sea revocada en este sentido, doy por sustentado mis recurso señora juez”

² *“Gracias su señoría respecto a la carga de la prueba, si bien este extremo procesal respeta lo manifestado por la señora juez respecto al traslado de la carga de las demandadas, no es posible exigir la exhibición de pruebas, inexistente para la época de los hechos, dado que la normatividad para el año en el que efectuaron los traslados imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar la información clara precisa y detallada y el deber consistía precisamente en eso en suministrar la información, mas no dejar un documento preciso sobre la información suministrada dado que todo pues se adelantaba de manera verbal y con la firma del formulario se entendía que el consentimiento otorgado por el afiliado era totalmente válido de igual manera hay que señalar que conforme a lo establecido en el artículo dos de la ley 797 del 2003, que modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100, la parte actora no se encuentra entre el límite temporal consagrado como se manifestó anteriormente, además la parte actora se reitera no es beneficiaria del régimen de transición por cuanto sólo tenía 190,57 semanas cotizadas conforme a su historia laboral, y además de que para la época, contaba con tan solo 25 años de edad. es por lo anterior que se le solicita al fallador de segunda instancia reconocer que el traslado realizado por la señora Susana a la AFP COLMENA hoy COLFONDOS en el año 99, y a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN fue efectuado en el ejercicio de su libre derecho de escoger su régimen pensional, consagrada en el artículo 13 de literal b de la ley 100 y en respeto de la autonomía de su voluntad, toda vez que ésta reiteró que de manera libre y voluntaria, sin ningún tipo de coacción por parte de algún funcionario de alguna de estas mencionadas, procedió a trasladarse del régimen por lo anterior, respetuosamente le solicitó el fallador de la segunda instancia, que revoque la sentencia de primera instancia, en consecuencia niegue las pretensiones de la demanda absuelva Colpensiones y así como no, imponer costas a cargo de Colpensiones, dada la buena fe con la que siempre a actuado esta entidad. y la misma es solo un tercero invitado al pleito, ya que nada tuvo que ver con el traslado de su régimen muchas gracias su señoría”*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto 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. 26 2022 00011 01
Susana Melo López Contra Colpensiones y Otros.

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 30³ años de edad y había cotizado 256.29⁴ 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 3 años 7 mes y 27 día)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad de acceso al derecho pensional (tenía 53 años de edad- ver expediente administrativo de COLPENSIONES).

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

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

³ Nació el 14 de febrero de 1969 ver expediente administrativo de COLPENSIONES.

⁴ Ver historia laboral de Protección, Oficina de Bonos Pensionales folios 127 a 128 archivo 21.

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. 26 2022 00011 01
Susana Melo López Contra Colpensiones y Otros.

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

EXP. 26 2022 00011 01
Susana Melo López Contra Colpensiones y Otros.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que unos representantes del fondo le dijeron a él y a otros compañeros que el ISS se iba a acabar y que el fondo privado ofrecía mejores garantías, pero no le informaron sobre las diferencias y funcionamiento de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 01 de febrero de 2024, récord 08:30).

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 o los traslados horizontales efectuados; 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 2022 00011 01
Susana Melo López Contra Colpensiones y Otros.

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 de la demandante incluyendo rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, a cargo de aquella y de COLFONDOS por el tiempo que estuvo afiliada en cada una de ellas. Así lo definió la Sala Laboral de la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa corporación de justicia 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). En el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, 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). Ante esta circunstancia no es posible, como se solicita en uno de los recursos, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, en criterio de la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

Igualmente se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

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

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

EXP. 26 2022 00011 01
Susana Melo López Contra Colpensiones y Otros.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
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. 28 2020 00303 01
Giovanny Alfonso Urquijo Aguirre contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y otro.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D. C.

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GIOVANNY ALFONSO URQUIJO
AGUIRRE CONTRA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Y OTRO.**

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación presentado por el demandante, contra la sentencia dictada el 9 de agosto de 2023 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra con las cuales se procuraba el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GIOVANNY ALFONSO URQUIJO AGUIRRE presentó demanda contra las sociedades AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que existió un contrato de trabajo con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. con duración definida por el contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 suscrito entre esa compañía y la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., que terminó antes del tiempo pactado; en consecuencia, pide que se condene solidariamente a las demandadas a reconocer y pagar indemnización por despido sin justa causa, liquidada por *el tiempo que faltaba para cumplir el plazo estipulado en el contrato*, debidamente indexada.

EXP. 28 2020 00303 01

Giovanny Alfonso Urquijo Aguirre contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y otro.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 4 de diciembre de 2012 se suscribió el contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 entre AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., el cual tenía por objeto la *operación, el mantenimiento y la administración del servicio público de aseo, realizando las actividades operativas requeridas para ello*, contrato que estuvo vigente, luego de varias prórrogas, hasta el 12 de febrero de 2018 (sic). Para el cumplimiento de dicho objeto AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. contrató personal capacitado para la gestión técnica, administrativa y organizacional. Asegura que el 17 de diciembre de 2012, en el marco del contrato interadministrativo celebrado entre las demandadas, suscribió con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. contrato de trabajo a término fijo inferior a un año para desempeñar el cargo de conductor de recolección, vínculo que se prorrogó hasta el 17 de junio de 2014 (sic). El 18 de junio de 2013 suscribió con esa misma empresa contrato individual de trabajo por duración de obra, el cual estaba condicionado, por su naturaleza, a *la existencia del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 de 2012* celebrado entre las compañías llamadas a juicio. Refiere que el 16 de diciembre de 2013 las empresas demandadas realizaron ante la Dirección Territorial de Bogotá un *acuerdo de formalización laboral* sobre el cual *tenía la estabilidad laboral garantizada para la ejecución del proyecto de aseo, ya que se encontraba en el personal listado*. El 18 de julio de 2015 se modificó su salario a \$2.580.886 y se cambió el cargo al de *supervisor*. El 23 de septiembre de 2016 AGUAS DE BOGOTÁ puso fin a la relación laboral de forma unilateral, momento para el cual devengaba \$2.676.379 mensuales como salario, y el 30 de noviembre de 2018 presentó reclamación administrativa ante las empresas demandadas (ver demanda y su subsanación archivos 01, 06 y 08, primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por las demandadas a través de apoderado judicial.

La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ aceptó los hechos relativos al convenio interadministrativo suscrito con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y la presentación de la reclamación administrativa por parte del actor. Los demás los negó o dijo no constarle. Se opuso a las

EXP. 28 2020 00303 01

Giovanny Alfonso Urquijo Aguirre contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y otro.

pretensiones de la demanda con sustento en que nunca existió con el demandante un vínculo laboral ni se configuraron los elementos del contrato de trabajo. Como se indica en la demanda, el actor suscribió contrato con la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. para prestar labores directamente a esa compañía. Adicionalmente, sostiene que no se reúnen los elementos de que trata el artículo 34 del C.S.T. para la solidaridad por que no existe identidad de objeto social entre AGUAS DE BOGOTÁ y esa empresa, ni en esa entidad se realizan labores de conducción de recolección de basuras. Por otra parte, asegura que cumplió a cabalidad con el acuerdo de formalización laboral hasta la fecha de finalización del contrato interadministrativo, el 11 de febrero de 2018, aclarando que la subordinación la ejerció directamente su empleador y no la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *buena fe, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción e inexistencia de solidaridad* (folios 3 a 17 archivo 13, primera instancia).

AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. aceptó los hechos relativos al contrato interadministrativo que suscribió con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, pero aclaró las obligaciones que adquirió y la fecha en que finalizó dicho convenio (el 11 de febrero de 2018) como se indicó en la última prórroga. También admitió los hechos referentes a los contratos laborales que celebró con el demandante, la modalidad, sus modificaciones y prórrogas, la forma de terminación del último vínculo, el último salario devengado, el acuerdo de formalización signado ante el Ministerio del Trabajo, y la fecha de presentación de la reclamación administrativa. Los demás los negó. Se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que si bien el contrato de trabajo del demandante quedó supeditado a la vigencia del contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 suscrito entre esa compañía y la EAAB, el trabajador fue despedido con el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T. por valor de \$1.342.168, misma que liquidó teniendo en cuenta que para la época en que la relación laboral terminó estaba previsto que el contrato interadministrativo finalizaría el 30 de septiembre del año 2016 según la prórroga del 15 del 28 de junio de 2016, y no se conocía ni se había suscrito una ampliación o prórroga diferente de dicho convenio. Asegura que

EXP. 28 2020 00303 01

Giovanny Alfonso Urquijo Aguirre contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y otro.

no se pueden reconocer montos hacia futuro *cuando la obra o labor contratada y el proyecto específico al cual está supeditado, tienen vigencias específicas de duración*. Formuló como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, prescripción y genérica* (folios 1 a 11, archivo 15, primera instancia).

Dentro del término de traslado, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ llamó en garantía a la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A. (archivo 14, primera instancia), el cual se admitió mediante auto del 15 de diciembre de 2021 (ibídem, archivo 16); sin embargo, como la llamante no adelantó el trámite de notificación, en aplicación de lo previsto en el artículo 66 del C.G.P., mediante proveído del 12 de diciembre de 2022 se tuvo por desistido dicho llamamiento (archivo 18, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de agosto de 2023, por medio de la cual el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión consideró, en primer lugar, que no existía discusión alguna respecto a la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. ni su modalidad, definida por la duración de la obra o labor, la cual estuvo determinada por la vigencia del contrato interadministrativo No. 1071020008092012 suscrito entre las compañías demandadas. Además, encontró que dicho vínculo terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador el 23 de septiembre de 2016, con el pago de indemnización por despido en la suma de \$1.342.168, con lo cual quedó satisfecha la pretensión del demandante. Respecto del valor por el que debió tasarse por esta indemnización indicó que, aunque sobre este aspecto no se propuso discusión alguna, ni siquiera de manera subsidiaria, la duración del contrato del demandante estaba condicionada al 30 de septiembre de 2016 que era la vigencia del contrato interadministrativo conocida para el momento del despido, no siendo posible que los efectos del artículo 64 del C.S.T. se prorrogaran indefinidamente, porque se consolidó una situación prestacional que no podía estar sujeta a un hecho futuro e incierto. Por esa razón concluyó que el actor fue indemnizado conforme a la

EXP. 28 2020 00303 01

Giovanny Alfonso Urquijo Aguirre contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y otro.

realidad jurídica del contrato interadministrativo y la duración del mismo establecida para la fecha de terminación del contrato suscrito.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ por parte del demandante, el señor GIOVANNY ALFONSO URQUIJO AGUIRRE, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción formulada por la demanda de AGUAS DE BOGOTÁ, S.A. E.S.P., que denominó inexistencia de la obligación. TERCERO: Las COSTAS de esta instancia están a cargo de la parte demandante. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000 a favor de cada una de las demandadas y a cargo de la parte actora, y CUARTO: Si no fuera apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior en tanto le resultó adversa a los intereses del ex trabajador demandante”* (Audiencia virtual, archivo 22 trámite de primera instancia, récord 50:58).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, el demandante asegura que tenía una expectativa legítima de estabilidad durante toda la vigencia del contrato interadministrativo, como se estableció en el acuerdo de formalización laboral. Además -dice- según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en casos análogos, era pertinente tener en cuenta la totalidad de vigencia del contrato y no solamente su prórroga, y cualquier duda de interpretación debe ser resuelta a su favor. Advierte que aceptar una interpretación como la que proponen las demandadas, esto es, que el vínculo laboral se extendía solo hasta la fecha de la prórroga vigente del contrato interadministrativo, sería tanto como permitir que los contratos se acabaran un día antes del vencimiento de la prórroga para luego firmar el otrosí, librándose de indemnizaciones futuras¹ (Audiencia virtual, archivo 22 trámite de primera instancia, récord 52:49).

¹ *“Muchas gracias señora juez, dentro de la oportunidad procesal respectiva me permito presentar, interponer recurso de apelación sobre la decisión objeto en fecha 9 de agosto del 2023, la cual me permito sustentar en los siguientes términos, si bien el suscrito respeta la decisión proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, el suscrito apoderado del demandante difiere en múltiples argumentos sobre los cuales de inmediato se solicita*

EXP. 28 2020 00303 01

Giovanni Alfonso Urquijo Aguirre contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y otro.

que se revoque la decisión proferida en la fecha 9 de agosto del 2023 y en su lugar se acceda a todas y cada una de las pretensiones establecidas en la demanda inicial como fundamento de esta solicitud presentó los siguientes argumentos: En primer lugar, en el marco del derecho laboral y de la estabilidad de los trabajadores, se establecen unas directrices en el derecho en torno a la estabilidad de los mismos en segundo lugar, y teniendo en cuenta el objeto y la causa del contrato y las consideraciones propias del contrato interadministrativo y del contrato laboral suscrito entre el demandante y una de las demandadas hay una expectativa legítima por parte del trabajador en marco de la vigencia de la relación laboral y esa expectativa es la existencia del contrato interadministrativo considera el suscrito que esa expectativa de la vigencia de la relación laboral estaba estimada en diversos escenarios y prueba de ello es el acuerdo de formalización laboral, que si bien es cierto, no reposa dentro del expediente se hizo la solicitud y fue acreditada parcialmente su existencia y consideración en marco de lo que contestó la demandas aguas de Bogotá y la demanda, también empresa de acueducto y alcantarillado se aseo Bogotá y esos documentos generaban una expectativa porque la formalización era para todos y cada uno de los trabajadores relacionados con el proyecto aseo pero no es el punto trascendental sin embargo, hay que tenerlo en cuenta. Ahora bien, otro de los argumentos que tiene el suscrito es que haciendo una especie de analogía respecto a las decisiones jurídicas planteadas por parte de la Corte Suprema de Justicia en torno a las decisiones esbozadas en los argumentos o en las alegaciones iniciales por el suscrito la corte estimó y precisó que era pertinente llegar al integralidad del contrato, no a la siguiente prórroga no es viable y de acuerdo a las expectativas del trabajador, no es viable hacerlo de una manera diferente recordemos materia laboral, cualquier duda en torno a la interpretación debe ser abocada en favor del trabajador en este caso del señor Giovanni Urquijo en igual sentido y no menos importante hay que librarse de este tipo de interpretaciones, pueden generar afectaciones respecto a actuaciones que podrían ser temerarias por parte de empleadores en similares tipos de relaciones laborales que a sabiendas que han existido sistemáticas y reiterativas prórrogas sucesivas, terminan el contrato de trabajo sin justa causa 1 o 2 días antes de la terminación del contrato de trabajo motivado en un contrato, digamos, a término de obra o labor para que simplemente para librarse de la indemnización que la ley que la ley corresponde diferente y obviando los alegatos establecidos por el apoderado de la pasiva de Aguas de Bogotá en el proyecto aseo es de claro y público conocimiento que hubo una estabilidad, por lo menos hasta el 11 de febrero del 2021 que eran múltiples contratos, sí, pero eso obedece a las necesidades de la administración pública de establecer contratos a corta duración si se refieren se generaron por lo menos unos 7 contratos adicionales aproximadamente entonces no es un óbice y estaba claro entre las partes que se contrató iba a tener duración es más una razón adicional por la que se contrata iba a tener una duración adicional es que solo hasta el momento, hasta mucho tiempo después, como lo refirió también el apoderado de la demandada aguas de Bogotá, se generó la nulidad del acto administrativo por medio de cual ampliaron el objeto social de la demanda, aguas de la demandada en solidaridad, empresa de acueducto, alcantarillado y aseo de Bogotá eso pasó mucho tiempo después si revisamos en forma integral las documentales, insisto, generar una interpretación de una manera diferente habría lugar, aunque enmarcó la vulneración de derechos de los trabajadores se pudiera terminar el contrato simplemente el día anterior al vencimiento de la prórroga, indemnizan un día de salario, firman el otro sí o la prórroga y se libran de las indemnizaciones futuras y terminan los contratos de trabajador porque uno de los principios del derecho laboral es la estabilidad de los trabajadores en la vigencia de las relaciones laborales entonces es un punto importante a tener en cuenta en el mismo sentido si y reiterando la analogía sobre las sentencias precitadas en alegatos, considera el suscrito que vale la pena tener en cuenta los mismos argumentos que planteó la Corte Suprema de Justicia en torno al por qué, porque hubo una discusión similar del por qué se generaba la totalidad de la indemnización respecto de los contratos de obra o labor hasta el último contrato, y no solo hasta la fecha vigente y la conclusión de la honorable Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias, en todas y cada una de ellas fue que la indemnización debía generarse no hasta la prórroga siguiente vigente, sino hasta el expectativa legítima del trabajador la demandada tenía otras posibilidades para dar terminado el contrato y garantizar en debida forma los derechos del trabajador no como lo refiere el apoderado de la demandada, que existían otros elementos que la burocracia era muy grande, sí no es viable esos argumentos y difiero el contrato era tan claro la prórroga de los contratos que inclusive se hacían cada 3 meses y se hicieron en forma sistemática y te reiterativa, ininterrumpida durante varios años, porque es un proyecto que no duró 8 días, ni dos meses ni 3 meses para cerrar los argumentos, entonces con fundamento en lo anterior solicito comedidamente sea revocada en forma integral la decisión proferida el día de hoy, 9 de agosto del 2023 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, a efectos de que se acceda a todas y cada

EXP. 28 2020 00303 01

Giovanny Alfonso Urquijo Aguirre contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y otro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre el demandante y la empresa AGUAS DE BOGOTÁ se ejecutaron dos contratos de trabajo así: a) el primero a término fijo del 18 de diciembre de 2012 al 17 de junio de 2013 (folios 44 a 47 del archivo 02, 137 a 138 y 140 a 141 del archivo 15, primera instancia); b) el segundo, suscrito el 18 de junio de 2013 por el término de la *duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada*, la cual se condicionó *“a la existencia del Contrato Interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 de 2012”* celebrado entre AGUAS DE BOGOTÁ y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO S.A. E.S.P. –cláusula segunda- (folios 48 a 49 y 50 archivo 02 primera instancia), la relación laboral terminó el 23 de septiembre de 2016 por decisión unilateral y sin justa causa del empleador con el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., que la empresa tasó en \$1.342.168; (iii) que el último cargo desempeñado fue el de *SUPERVISOR* (folio 144, archivo 15 primera instancia) y el último salario mensual devengado fue de \$2.676.379, como lo reconocieron las partes contratantes en la demanda y en la contestación; (iv) que para el momento en que se comunicó al demandante el despido -23 de septiembre de 2016- el contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 suscrito entre AGUAS DE BOGOTÁ y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. tenía señalada vigencia hasta el 30 de septiembre de 2016, conforme el otrosí No. 15 del 28 de junio de 2016 (folio 94, archivo 15 primera instancia), pero fue prorrogado con posterioridad y su *existencia* se extendió hasta el 11 de febrero de 2018 (folios 42 a 43, archivo 02 primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si AGUAS DE BOGOTÁ debía liquidar el monto de la indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta la fecha de finalización del convenio interadministrativo suscrito entre las demandadas, esto es, hasta el 11 de febrero de 2018. En dado caso, si procede la

una de las pretensiones establecidas en la demanda inicial en favor del señor Giovanni Urquijo, demandante en la presente, muchas gracias”

EXP. 28 2020 00303 01

Giovanny Alfonso Urquijo Aguirre contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y otro.

indexación y la condena por responsabilidad solidaria en contra de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ.

Para resolver la controversia debe señalar la Sala que, tratándose de contratos por duración definida por una obra o labor, la estabilidad en el empleo del trabajador se mantiene por el tiempo que dure la ejecución de esa obra específica a la cual se sometió la duración de la relación laboral. Por ello, si el empleador termina el contrato sin justa causa antes de tal evento específico, deberá pagar al trabajador como indemnización, el *“valor de los salarios correspondientes (...) al lapso determinado por la duración de la obra contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días”* (artículo 64 del CST).

En el caso bajo estudio, las partes acordaron en la cláusula segunda del contrato de trabajo lo siguiente: *“El término de duración del contrato será el requerido para la ejecución de la obra o la labor contratada. Está condicionado a la existencia del contrato interadministrativo N° 1-07-10200-08009-2012 de 2012, celebrado entre LA EMPRESA y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P., conforme lo previenen las causales de terminación del citado contrato”* (folio 142, archivo 15 primera instancia) - subraya la Sala-

Frente a las interpretaciones posibles de esta cláusula, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estimó, para casos similares al que se estudia, que la duración del contrato de trabajo está sometida a la existencia del acuerdo interadministrativo *sin ningún tipo de condicionamiento adicional* (SL3282-2019), y precisó que la existencia y ejecución del contrato interadministrativo al cual estaban sujetos los contratos de trabajo se extendió hasta el 11 de febrero de 2018: *“(...) yerra el Juez de apelaciones al limitar la obra o labor pactada a la última prórroga vigente al momento en el cual se desvinculó al trabajador, toda vez que este no fue el alcance dado por las partes a la condición resolutoria, pues como lo recordó el censor, las prórrogas del contrato no constituyen nuevos instrumentos, sino que conllevan la continuación del mismo, ya que lo que pretende la norma es resarcir el lucro que el trabajador hubiere percibido durante la ejecución del contrato.”* (SL 1597-2021).

EXP. 28 2020 00303 01
Giovanny Alfonso Urquijo Aguirre contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y otro.

En consecuencia, mientras existiera el contrato interadministrativo inicialmente pactado por AGUAS BOGOTÁ con la EAAB y se requirieran las funciones de *SUPERVISOR* que cumplía el demandante, existía para él estabilidad relativa en su empleo.

Conforme a ello, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia en cuanto absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y dictará las condenas pertinentes, pues AGUAS DE BOGOTÁ liquidó y pagó al demandante indemnización por despido sin justa causa en el valor de los salarios que su pudieron causar durante el tiempo de ejecución *previsto* para el contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 en el momento del despido, sin incluir las prórrogas o renovaciones que suscribió el contratante EAAB y la contratista AGUAS DE BOGOTÁ con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que se deben incluir dichas prórrogas, aunque sobre ellas no tuviera una expectativa cierta de estabilidad el trabajador en el momento del despido.

Así las cosas y conforme al salario devengado por el demandante para la fecha del despido, sobre cuyo monto no se planteó controversia a lo largo del proceso -\$2.676.379- correspondía el pago de \$45.141.592,47 a título de indemnización por despido sin justa causa. Como por este concepto la demandada pagó al demandante \$1.342.168, adeuda una diferencia de \$ 43.799.424,47, sobre la cual se impartirá condena, valor que se debe entregar debidamente indexado para contrarrestar la devaluación de las sumas adeudadas por el paso del tiempo.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 34 del CST asigna responsabilidad solidaria del contratante de una obra frente a las obligaciones laborales que surgen entre el contratista y sus trabajadores, salvo que lo contratado sean labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio -del contratante-.

EXP. 28 2020 00303 01

Giovanny Alfonso Urquijo Aguirre contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y otro.

Como esta norma dispuso una regla general de responsabilidad solidaria para evitar que el empleador diluya artificiosamente en terceros las responsabilidades laborales que las normas legales le asignan, solo se puede eximir de dicha responsabilidad el contratante que demuestre, fehacientemente, dentro del proceso que se encuentra en la excepción que establece la norma y para ello debe probar que el objeto del contrato civil comercial o administrativo comporta labores *extrañas* al objeto social de su empresa o negocio.

Bajo esta clara regla, el Tribunal declarará responsabilidad solidaria de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., pues se probó que el actor estuvo asignado por su empleador a la operación del contrato interadministrativo celebrado con AGUAS DE BOGOTÁ (así se aceptó por su empleador desde la contestación de la demanda y se verifica del mismo contrato de trabajo), y se probó que tales sociedades cumplían actividades conexas o afines a la actividad encargada al demandante, es decir, no son actividades *extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio*.

Se probó en el expediente que el objeto social de la contratante según el literal d) del artículo 1° del Decreto 12 de 2012, que modificó el artículo 4° del Decreto No. 11 de 2010, es *“La recolección, transporte, transferencia y tratamiento de los residuos sólidos. Así como, las actividades de barrido y limpieza de vías y áreas públicas y la recolección, transporte, transferencia, tratamiento de los residuos sólidos originados por estas y demás actividades complementarias”*, actividades para las cuales resulta esencial y del giro ordinario la *“prestación del servicio de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C.”* que fue el objeto del contrato celebrado con AGUAS BOGOTÁ S.A., empleador del demandante.

Por ello se declarará responsabilidad solidaria de ambas sociedades en las obligaciones surgidas en favor del demandante.

Por el resultado del proceso, las costas de primera instancia corren a cargo de las demandadas.

EXP. 28 2020 00303 01
Giovanny Alfonso Urquijo Aguirre contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y otro.

Sin COSTAS en la apelación.

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** la sentencia de primera instancia.
2. **CONDENAR** a **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** a pagar a favor de GIOVANNY ALFONSO URQUIJO AGUIRRE la suma de \$43.799.424,47, como indemnización por despido sin justa causa (artículo 64 del C.S.T.), suma que se debe entregar debidamente indexada a la fecha del pago.
3. **DECLARAR** que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. es solidariamente responsable del pago de la condena ordenada en el numeral anterior a favor del demandante.
4. **COSTAS** de primera instancia a cargo de las demandadas.
5. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo 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 JAIRO BAUTISTA FAJARDO CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. ANTES OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR, SKANDIA, COLFONDOS y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2023 por la Juez Treinta y Uno (31) 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, JAIRO BAUTISTA FAJARDO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. ANTES OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al

EXP. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de COLFONDOS, así como los posteriores traslados horizontales a PORVENIR y SKANDIA, por no haberse cumplido con el deber de información pertinente, veraz, oportuno y suficiente respecto de las reales circunstancias y las desventajas de su traslado, y el perjuicio respecto del valor en su mesada pensional. En consecuencia, pide que se declare que siempre permaneció en el RPM, se ordene a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, y a COLPENSIONES aceptarlos (ver demanda folios 03 a 38 archivo 03 del expediente digital, trámite de primera instancia, y su subsanación folios 07 a 38 archivo 11 del expediente digital).

El expediente fue asignado inicialmente al Juzgado 19 Laboral del Circuito de Cali, quien mediante auto de fecha 11 de julio de 2022 rechazó de plano su conocimiento por competencia y ordenó su remisión a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá. Correspondió su conocimiento al Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá quien previa subsanación de la demanda la admitió mediante auto del 23 de septiembre de 2022 (archivo 04 a 12 trámite de primera instancia del expediente digital).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación al fondo privado por parte del demandante cumplió con todos los presupuestos legales para su existencia, no infringió las normas por lo que no procede la declaratoria de nulidad y por tanto no puede darse el regreso automático al RPM. Tampoco procede el pago de costas y agencias en derecho. Presentó como excepciones de fondo las 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 innominada o genérica* (ver contestación folios 2 a 19 archivo 17, primera instancia).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en

EXP. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

que la afiliación del demandante goza de validez por cumplir con todos los parámetros legales exigidos para la época de traslado. Señala que el demandante contó con varias oportunidades para trasladarse de régimen pensional y no lo hizo. Precisa que en la actualidad la solicitud de ineficacia se encuentra prescrita. Considera que al no ser el fondo con el que se realizó el traslado de régimen, tan sólo debía suministrar información sobre el traslado horizontal la cual proporcionó en debida forma. Como excepciones de fondo 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 2 a 14 del archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. igualmente se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que el traslado del demandante al RAIS estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, y que no es procedente declarar un error de derecho que es lo que en realidad se alega frente a condiciones que están determinadas en la ley y son de público conocimiento; en todo caso, no se aportó prueba que permita entender que el traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento a partir de lo cual se pueda establecer que dicho acto es nulo. Sostiene que no es viable que el demandante pretenda retornar al régimen de prima media cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse de régimen oportunamente, pese a lo cual, no solo continuó realizando cotizaciones en el RAIS, sino además, efectuó traslados horizontales dentro del mismo régimen. Formuló como excepciones de fondo las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación folios 2 a 35, archivo 21 del expediente digital, así como la subsanación de la contestación de la demanda folios 2 a 7, archivo 24 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 74 a 84 archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia); el llamamiento se admitió por auto del 31 de octubre de 2022 (archivo 23, ibídem.).

Enterada de la demanda, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. la contestó a través de apoderada judicial. No se opuso ni se

EXP. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

allanó a las declaraciones de la demanda. Propuso como excepciones: *las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", siendo lícitas, válidas y oponibles y el reconocimiento oficioso de excepciones.* Frente al llamamiento se opuso a la solicitud de reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado aduciendo que la póliza contratada únicamente ampara la invalidez y la sobrevivencia y no la declaración de ineficacia o nulidad. En su defensa propuso como excepciones las que denominó: *el llamamiento en garantía realizada a MAPFRE es improcedente por cuanto SKANDIA S.A carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, MAPFRE no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y el reconocimiento oficioso de excepciones (ver contestación folio 2 a 22 archivo 30 del expediente digital, trámite de primera instancia)*

Mediante auto del 31 de marzo de 2023, fue confirmada por esta corporación la providencia dictada el 31 de octubre del 2022, se dio por no contestada la demanda de COLFONDOS S.A. (ver archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de septiembre de 2023 mediante la cual la Juez Treinta y Uno (31) 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 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

EXP. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

pensionales, que le permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen, del traslado de régimen que realizó JAIRO BAUTISTA FAJARDO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniéndolo como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen. CONDENAR a las demandadas COLFONDOS, PORVENIR y SKANDIA a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de suma de dinero que descontó de lo aportado por el demandante por concepto de gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser trasladadas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, debidamente indexadas. CONDENAR a la demandada OLD MUTUAL SKANDIA, a trasladar a la administradora COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado por el demandante, junto con los rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, estas últimas cifras deberán ser trasladadas debidamente indexadas. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiese trasladado de régimen. CONDENAR a las demandadas COLFONDOS, PORVENIR y SKANDIA, al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor del demandante. CONDENAR a SKANDIA al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. No se impondrán costas y agencias en derecho a COLPENSIONES conforme ya se explicó. Como quiera que la presente sentencia fue adversa COLPENSIONES se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento y que la sentencia no sea apelada.”* (Audiencia virtual, récord 1:39:44, archivo 55 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

EXP. 31 2022 00381 02

Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

En el recurso de PORVENIR pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Afirma que el antecedente jurisprudencial no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas, que considera no se da en este caso como quiera que se trata de un traslado horizontal. Señala que las condiciones, características, ventajas y desventajas de las AFP se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993, lo que pudo el demandante validar en cualquier momento. En su calidad de consumidor financiero debía actuar con la debida diligencia y obtener información suficiente relacionada con el acto jurídico. Dice que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, con el cumplimiento de los requisitos previstos para la época del traslado. En relación con los rendimientos, dice que no tiene sentido que ante la declaratoria de la ineficacia se ordene su traslado a COLPENSIONES, contrario a ello, en virtud de las restituciones mutuas, al trasladar los frutos se deben reconocer los gastos en que se incurrió para generar los mismos. Señala que no hay razón de orden jurídico para ordenar el traslado de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales y los fondos de garantía de pensión mínima, pues son de orden legal y cumplieron con su finalidad. Solicita que se revoque la orden de indexación, como quiera que esta se compensa con los rendimientos¹

¹ “Estando en la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra del presente fallo ante el honorable tribunal Superior de Bogotá, en los siguientes términos en primer lugar, debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteada por parte de la honorable Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos en donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información en efecto, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mi representada no se dan en el presente asunto, pues el demandante, realizó válidamente su afiliación a mi representada, tratándose de un traslado horizontal, luego de haber estado afiliado a otra AFP, razón por la cual mi representada no podía rechazar la afiliación del demandante en virtud del artículo 112 de la Ley 100 de 1993 ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada y además debe actuar con mediana diligencia, lo cual suponía, por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando con mayor razón, si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de la decisión estaban claramente determinadas en normas legales de común conocimiento, y así mismo, debe decirse que la actuar de mi representada siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes en ese sentido, y teniendo en cuenta, lo señalado anteriormente, no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó al régimen pensional y realizó los posteriores traslados horizontales, pues se reitera que la decisión tomada por la parte actora se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones, sin apremios de ninguna naturaleza y por el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas que se llaman vigentes para el momento, pues el demandante manifestó que lo hacía de forma libre y voluntaria. Además que he estado afiliado al régimen de ahorro individual por 25 años y ha estado afiliado a 3 y administradoras privadas diferentes, muestra clara de su interés de permanecer en el régimen de ahorro individual ahora bien, y teniendo en cuenta que mi representada ya trasladó los aportes correspondientes a la cuenta de ahorro individual del demandante a la AFP Skandia en el año 2014, en relación con los rendimientos, debemos

EXP. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

(Audiencia virtual, récord 1:42:10, archivo 55 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Indica que con la decisión adoptada se afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, consagrado en el artículo 48 de la constitución política. Afirmo que es un tercero en el acto jurídico celebrado por lo que no puede favorecerse ni perjudicarse por la decisión adoptada. Señala que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado, por lo que no puede retornar al régimen de prima media en ausencia de los requisitos legales y que, en caso de confirmarse la sentencia, se debe mantener la condena impuesta a las AFP y no se le puede imponer condena en costas²

señalar que debe ser declarada ineficaz el traslado, el efecto natural de dicha declaratoria implica que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los regentes (sic), se generan las reservas de cuál pensiones y no los que se generan en el régimen de ahorro individual, pues no tiene sentido que es un traslado no surtió ningún efecto se obliga a trasladar rendimientos propios del régimen y en caso contrario, por efecto de las restituciones mutuas, al trasladar brutos generados por el por el régimen del cual se predica que nunca existió el afilado, pues deberá reconocerse en consecuencia, gastos en los que incurrió para poder administrar el pago de ellos. Aportes que entendían realizados y al régimen de prima media, gastos que sintetizan en comisiones de administración y primas de seguros previsionales en el mismo orden de ideas, tampoco es procedente que el administrador deba restituir sumas que pagó por concepto de primas de seguros previsionales por cuanto ya no están en su poder, sino en el de la compañía aseguradora que contrató para la cobertura de pago de simas adicionales necesarias para financiar prestaciones que por mandato legal así se requiere y en línea con todo lo señalado anteriormente, debe indicarse también que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, de conformidad con lo conceptuado por la superintendencia financiera de Colombia al señalar dicho evento que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales de efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, que es el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, disposición normativa que de aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye las restituciones finalmente solicitó a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia respecto a la indemnización de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada en la medida en que igualmente se dispuso la devolución de rendimientos del capital que se encontraría en la cuenta de individual del demandante, como bien se había venido determinando que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda es por todo lo anterior que solicito respetuosamente al honorable tribunal Superior de Bogotá revocar la sentencia de instancia respecto a las condenas impuestas en contra de mi representada, muchas gracias.”

² *“Me permito, pues, estando dentro de la oportunidad procesal, interponer y sustentar recurso de apelación parcial, en el siguiente término, los honorables magistrados manifestar (sic) que en este asunto la administradora colombiana de pensiones Colpensiones resulta lesionada, con la decisión adoptada por el juzgado 31 Laboral, esto en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, consagrado en el artículo 48 de la constitución política adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005 al respecto, debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esa prohibición es proteger el fondo común por medio del cual, el colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad pensional, y así no generar un desequilibrio patrimonial, asimismo, debe tenerse en cuenta que 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. Eso se sustenta también con las jurisprudencias de la honorable Corte Constitucional en sentencia C 1024 del 2004, y además, es reiterada en la C 062 del 2010 así mismo, honorables magistrados, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, como se hizo por parte de la a quo no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de*

EXP. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

(Audiencia virtual, récord 1:46:37, archivo 55 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de SKANDIA solicita que se revoque la sentencia. Afirma que declarar la ineficacia contraría los principios constitucionales de justicia y equidad, pues se ordena el traslado de los rendimientos financieros, pero no se acepta que dichos rendimientos fueron generados por la actividad profesional de la AFP, desconociendo su labor. Señala que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado como quiera que este se dio bajo la normatividad existente para el momento, además fue libre y voluntario. Aduce que no se puede aplicar una interpretación de la figura de la ineficacia acomodada en beneficio exclusivo del actor. Solicita no ordenar la devolución de los gastos de administración por tener estos un fundamento legal y no financiar la prestación, además porque el demandante no retorno al RPM a pesar de haber tenido la posibilidad. Señala que las condiciones, características, ventajas y desventajas de las AFP se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993, lo que puedo el demandante validar en cualquier momento. En caso de confirmarse la sentencia solicita se estudie el llamamiento en garantía, como quiera que fueron transferidas las primas a la aseguradora y debe ser ella quien retorne dichas sumas³ (Audiencia virtual, récord 1:50:45, archivo 55 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Colpensiones, quien, sin haber participado en el trámite de traslado, es quien debe afrontar la carga a la prestación, Esto con base en que no se tuvo en cuenta al momento de proferir en la sentencia es tan importante principio de la relatividad jurídica es contorno a que colpensiones es un tercero en este asunto y es de recordar pues que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes, y las consecuencias que se deriven de la celebración de este acto jurídico solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual en es de tenerse en cuenta honorables magistrados que la entidad a la que representa no puede, pues de ninguna forma de ser favorecida, ni mucho menos ser perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y la AFP demandadas (sic) en consecuencia, también se tiene que la parte actora, se encuentra dentro de una prohibición, ya que esta no podría retornar al régimen de prima media por ausencia clara de los requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia es decir, no es posible su traslado según lo previsto en la ley, especialmente en las sentencias C 1024 del 2004, la SU 062 del 2010, la SU 130 de 2013, lo que imposibilita legalmente el traslado al régimen de prima media con prestación definida con lo anterior, pues dejando así sustentado el recurso de apelación, reiterándole a los honorables magistrados se revoque, pues la decisión en cuanto a la condena impuesta a mi representada, que acaba de proferir el juzgado 31 laboral y en consecuencia se absuelva de cada una de las condenas impuestas ahora bien, en caso de que se llegase a confirmar, la decisión por parte de la del honorable tribunal, luego pues se mantenga la condena impuesta a las AFP, en el entendido de que deben reintegrar la totalidad de la cotización que recibieron a la entidad a la que represento así mismo, solicitarle a los honorables magistrados a la no condena en costas, a mis representada pues toda vez que esta no participó en el acto que se presume ineficaz, y es un tercero, al que pues se le ocasiona o se le causa un daño injustificado por un contrato entre 2 o más partes muy ajenas a Colpensiones no siendo más dejo sustentada mi recurso de apelación, muchísimas gracias, señor”

³ “Siendo la oportunidad procesal pertinente interpongo el recurso de alzada, solicitando respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal superior de distrito judicial que se

proceda a revocar totalmente la sentencia que se acaba de proferir y, en consecuencia, se sirvan a absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones esgrimidas en el libelo introductorio lo anterior con fundamento en las manifestaciones de hecho y derecho que se hicieron en la contestación a la demanda, en los alegatos de conclusión y principalmente y puntualmente lo que paso a señalar. Inicialmente a partir del hecho de que en el presente asunto de estamos tratando una ineficacia del acto jurídico de traslado y hasta fenómeno no se le puede dar efectos adicionales ni comprensiones distintas a las que ya contempla la ley, pues la interpretación de naturaleza jurisprudencial en todo caso, es un criterio auxiliar de la justicia, como bien lo ha establecido la ley 153 del 87, por lo que no puede dársele el carácter de ley a la jurisprudencia en los anteriores términos, entonces, 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 en la norma entonces citada encontramos que la ineficacia es la ausencia de efectos del negocio jurídico celebrado, con lo cual, entonces es apenas necesario advertir como se sabía, como es bien sabido, que la norma entiende por ineficaz aquel acto que no produce efecto alguno sin necesidad de declaratoria judicial, y así las cosas, en este punto conviene traer a colación una máxima del Derecho y un principio general de la interpretación jurídica según el cual donde la ley no distingue, no les dale al intérprete a hacerlo y, en consecuencia, la no producción de efectos jurídicos se debe predicar de los dos extremos de la relación contractual. Para ello debe entenderse entonces tanto la AFP como el afiliado en virtud de lo anterior, resulta totalmente contrario a los principios constitucionales de justicia y equidad, que, frente a la figura de la ineficacia, se le aplica un rasero distinto a la AFP versus al afiliado demandante, pues de un lado, si se acepta que existió una cuenta de ahorro individual, que existieron unos fondos de la parte demandante que obran en dicha cuenta de ahorro individual, que existieron también 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 de mi representada 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 de la del actor, reconociendo que, pues sí se produjeron algunos efectos, pero para el mismo caso aplicar una interpretación en detrimento de la AFP, que desconoce su labor y que fue precisamente esta labor la que hoy por hoy está generando unos rendimientos financieros que jamás habría logrado obtener el extremo activo de estar en Colpensiones frente a esto, entonces destacó 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 de los afiliados, con lo cual, y en el entendido de que en el presente proceso no se discutió la gestión de mi representada, carece de todo fundamento que se condene al traslado de dichos valores, en favor de cual pensiones, ya que no puede ser considerado de forma distinta a una violación al principio constitucional de buena fe y confianza legítima, incluso ello en razón a aquello que dispuso la superintendencia financiera en el RADICADO 2019 15216900300, con lo cual entonces concluyó durante toda la permanencia en el RAIS, la parte demandante nunca ejerció el derecho de retracto que entre la fecha inicial detrás de la fecha en la que la parte demandante se vio inmersa en la prohibición del traslado por razón de la edad, estuvo en la posibilidad de ampliar la información y regresar al régimen de prima media, pero aun así no lo hizo, lo cual evidencia una actuación contraria a la de un buen padre de familia nótese que del interrogatorio de parte se sustrae que el interés de retornar al régimen de prima media surge netamente un interés económico y aquí debe recordarse que la insatisfacción frente al mundo de la mesa pensional no da lugar a la ineficacia del acto jurídico que, bajo la normatividad existente para el momento del traslado honorable, exigir la documentación de la asesoría, pues no había deber legal de hacerlo y en todo caso, la decisión fue libre y voluntaria, donde no mediaran presiones por parte de mi representada, lo cual queda acreditado en el interrogatorio de parte. Entonces, las características del RAIS estaban en todo caso en la ley, por lo que si se habla de un error, sería un error de derecho, el cual no tiene la potencialidad de viciar el consentimiento reitero que nos presenta asunto, no se de ordenar la devolución de los gastos de administración, los cuales fueron legalmente descontados, y finalmente en caso de que los honorables magistrados aun así decían confirmar la presente decisión, solicito respetuosamente que se pone sobre la responsabilidad la hoy llamada en garantía Mapfre Colombia vida seguros, en el entendido de que parte de dichos aportes por gastos de administración, fueron trasladados en virtud de las primas de seguros previsionales en favor de la mentada aseguradora, con lo cual en el entendido de que la teoría de las restituciones mutuas, en el entendido de que dichos aportes ya no obran en poder de mi representada, pues se hace necesario que Mapfre Colombia, vida seguros, retorne dichos aportes en favor de Colpensiones en estos términos dejo sustentado mi recurso, muchas gracias por el uso de la palabra, su Señoría.”

EXP. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

En el recurso de COLFONDOS solicita se revoque la orden de devolución de las sumas descontadas al demandante. Afirma que los gastos de administración y seguros previsionales se causaron en favor del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. En caso de confirmarse la sentencia, considera que estos gastos compensan la indexación, por ello no procede la condena a devolver las sumas debidamente indexadas⁴ (Audiencia virtual, récord 1:55:47, archivo 55 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

⁴ *“Presento recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su despacho para que los honorables magistrado en su sala laboral de Bogotá, revoque la condena impuesta en mi representada, tendiente a devolver todos los conceptos descontados al señor demandante sustento el recurso que no es factible de que mi representada Colfondos, pensiones y cesantías retorne a conceptos por gastos de administración o seguros previsionales, toda vez que esto ya se causaron a favor del señor demandante por mandato legal el artículo 20 de la ley 100 de 1993 nótese claramente señores magistrados, que dichos aportes son descontados por todas las entidades que administren los fondos de pensiones y están legalmente facultadas para cobrar a sus afiliados el manejo de los aportes que realizan a la administradora, ya que este cobro obedece a un mandato de la superintendencia financiera de Colombia, que es la encargada de regular y estipularon normatividad, referente a las sociedades administradoras del fondo de pensiones y cesantías en el ejercicio de sus facultades legales y especiales de que confiar (sic) el artículo 104 de la ley 100 de 1993, el artículo 326 Numeral tercero y literales a) y c) del artículo 97, numeral primero del Estatuto orgánico del sistema financiero desde este punto de vista nótese claramente que también es importante honorables magistrados aplicar principios constitucionales de equidad y justicia, pues no se entiende que se van a trasladar todos los rendimientos no existiera la obligación legal de trasladar las cuotas de administración, dado que fue gracias a estos manejos que se generaron los altos rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del señor demandante, motivo por el cual ya acaecieron en pro y beneficio de esto por todo lo anterior solicito respetuosamente a los honorables magistrados revocar la condena aca apelada no obstante, lo anterior si consideran que se debe confirmar el fallo le solicito respetuosamente no condenar a mi representada a , devolver dichos conceptos de manera indexada toda vez que esta se puede compensar con los rendimientos que se causaron a favor de éste. Sobre este tema en particular debe tenerse en cuenta honorables magistrados que ya los diferentes tribunales, en especial la sala del tribunal Medellín ha manifestado que no hay lugar en poner condena por concepto de indexación teniendo en cuenta que la administradora de fondos de pensiones se le impuso la obligación de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones con motivo de la afiliación que la demandante sin descuento alguno incluyendo rendimientos generados concepto que se puede compensar; que puede compensar la devaluación que se hubiera causado el tiempo por todo lo anterior, escrito respetuosamente señores magistrados en el dado caso que se considere que se debe confirmar el fallo para devolver los emolumentos antes mencionados de gastos de administración de seguros previsionales, que no sean condenado a mi representada, a devolverlos de manera indexada, teniendo en cuenta que se compense con los rendimientos generados en ese sentido dejo sentado el recurso y solicito respetuosamente a la señora Juez de instancia concederlo, y a los honorables magistrados revocar las condenas muchas gracias”*

EXP. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

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 (...)*”.

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. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

la demandante tenía 28⁵ años de edad y había cotizado 51,14⁶ 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 10 meses y 22 días)⁷, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 39 del archivo 11 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^{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).

⁵ Nació el 25 de enero de 1966, folio 39 archivo 11.

⁶ Ver historia laboral de Colpensiones folio 1 a 2 archivo 16 expediente administrativo.

⁷ Ibidem

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. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema 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).

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 COLFONDOS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el

EXP. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

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 de forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que un asesor de COLFONDOS le indicó que el ISS estaba en problemas graves y se iba a acabar, por ello la mejor garantía era pasarse a fondo privado. Dice no haber tenido ilustración alguna sobre las particularidades del régimen de ahorro individual (Audiencia virtual del 26 de septiembre de 2023, récord 08:18).

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 o los traslados horizontales efectuados; 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 con solidaridad del demandante incluyendo rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, a cargo de aquella y de PORVENIR y COLFONDOS por el tiempo que estuvo afiliado a cada una de

EXP. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

ellas; así lo ha dispuesto la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa corporación, 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). Ello implica, en el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, 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 *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

Igualmente se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

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, frente al llamamiento en garantía se confirmará también la decisión de primera instancia que negó las pretensiones incoadas por la llamante, pues SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS no demostraron la existencia de una

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. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

relación sustancial con la aseguradora llamada en garantía que imponga a ésta el deber de pagar el valor de las primas de seguro que recibió del fondo para cubrir los riesgos de invalidez o muerte del afiliado. Ello no se deduce del texto de las pólizas traídas al proceso (folio 85 a 96, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia) en las que los beneficiarios son los afiliados al Fondo de pensiones obligatorias y no la demandada, y cuyo objeto -además- es diferente al pretendido por la recurrente.

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA, COLFONDOS y 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 SKANDIA, COLFONDOS y PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 31 2022 00381 02
Jairo Bautista Fajardo Contra Colpensiones y otros.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 33 2020 00237 01
Jenny Alexandra Naranjo Cely 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 JENNY ALEXANDRA NARANJO CELY
CONTRA LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta 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 31 de enero de 2024 por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JENNY ALEXANDRA NARANJO CELY presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad y/o ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, pide que se ordene al fondo privado trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, y a COLPENSIONES reactivar la afiliación sin solución de continuidad. De manera subsidiaria solicita que se condene al fondo privado al reconocimiento y pago de perjuicios morales (ver demanda folios 05 a 12 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 33 2020 00237 01
Jenny Alexandra Naranjo Cely Contra Colpensiones y Otro.

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalado en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, y no es posible tenerla como afiliada del RMP. Aduce que está válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad por suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria en una fecha en que no estaba inmersa en alguna causal de prohibición, y la suscripción de documento prueba la aceptación de las características del RAIS. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación folios 03 a 42 archivo 0 del expediente digital, trámite de primera instancia)

PROTECCIÓN S.A., también se opuso 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 declarar su nulidad. Afirma que la vinculación a ese fondo de pensiones estuvo precedida de una asesoría clara, completa y comprensible conforme a la normatividad y exigencias de 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* de la demandante. Asegura que la demandante se encuentra inmersa 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, y que un error de derecho no vicia el consentimiento; además, en caso de existir alguna causal de nulidad la acción se encuentra prescrita. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de*

EXP. 33 2020 00237 01

Jenny Alexandra Naranjo Cely Contra Colpensiones y Otro.

administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (ver contestación folios 3 a 36 del archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 31 de enero de 2024 mediante la cual el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP 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 la ineficacia de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad y con esto la afiliación realizada de la señora JENNY ALEXANDRA NARANJO CELY, identificada con cedula de ciudadanía 60.337.197 afiliada el 1 de septiembre de 1998 a PROTECCIÓN. SEGUNDO: DECLARAR que JENNY ALEXANDRA NARANJO CELY actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta ahorro individual de JENNY ALEXANDRA NARANJO CELY a COLPENSIONES junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales a que haya lugar. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES, a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la señora JENNY NARANJO CELY, al régimen de prima media e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante. QUINTO: CONDENAR a PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES, cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer*

EXP. 33 2020 00237 01

Jenny Alexandra Naranjo Cely Contra Colpensiones y Otro.

discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizados de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique. SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecánicos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior. SÉPTIMO: DECLARAR no probadas, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas conforme a lo expuesto en parte motiva de esta providencia. OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PROTECCIÓN y COLPENSIONES. Agencias en derecho dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de PROTECCIÓN, y un salario mínimo legal vigente a cargo de COLPENSIONES, estás en favor de la parte demandante.” (Audiencia virtual, récord 46:50, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Afirma que siempre ha actuado conforme al ordenamiento jurídico, y que por la prohibición legal de traslado no es dable acceder al traslado, aduce que con ello se afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y solicita se revoque la condena en costas¹ (Audiencia virtual, récord 54:26, archivo 23 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

¹ *“muchísimas gracias su señoría siendo este el momento procesal oportuno me permito presentar recurso de apelación teniendo en cuenta que Colpensiones actuó de conformidad al ordenamiento jurídico legal, esto respecto a la declaración de nulidad de la afiliación por parte de la accionante, teniendo en cuenta que pues después de 1 año la vigencia de la ley 100 de 1993, existe la prohibición de no poder trasladarse de régimen cuando faltarán 10 años para cumplir la edad a la que tiene derecho para obtener la pensión de vejez, encontrándose una imposibilidad teniendo en cuenta que el demandante no contaba con la edad en la fecha en que solicitó la declaración de la nulidad o la ineficacia del traslado así mismo, teniendo en cuenta que resulta desproporcional colocar la carga de esta en el caso particular de mi representada Colpensiones teniendo en cuenta los casos en que se ha declarado la nulidad, ya que pues sería la más afectada en lo que tiene que ver con la sostenibilidad del sistema pensional teniendo en cuenta, pues, que la afiliación se dio hace un tiempo considerable hecho que impide demostrar las circunstancias en la que se rodearon las mismas en cuanto a las costas, solicitó desestimar las costas impuesta anteriormente, teniendo en cuenta que el artículo 48 inciso 5 de la constitución política, y así mismo, teniendo en cuenta el artículo 365, numeral 5 del código general del proceso, en ese sentido dejo presentado mi recurso.”*

EXP. 33 2020 00237 01

Jenny Alexandra Naranjo Cely Contra Colpensiones y Otro.

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

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

EXP. 33 2020 00237 01

Jenny Alexandra Naranjo Cely Contra Colpensiones y Otro.

tenía 29² años de edad y había cotizado 311,14³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 1 año 7 meses y 17 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 51 años de edad- ver folio 22 del archivo 02 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{5, 6}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

² Nació el 01 de mayo de 1969, folio 22 archivo 02.

³ Ver historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales folio 51 a 53 archivo 05.

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”.*

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).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PROTECCIÓN no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el

EXP. 33 2020 00237 01

Jenny Alexandra Naranjo Cely Contra Colpensiones y Otro.

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 de 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 dijo que en su lugar de trabajo -CONAVI Oficina Avenida Cero- en el año 1998 reunieron a los empleados en una reunión general en la que se encontraban una persona de gestión humana y la asesora de Protección, allí les informaron que habían nacido los fondos privados, entre ellos PROTECCIÓN, con los cuales se iban a pensionar mejor y solo debían diligenciar y firmar el formulario, además afirmó la asesora que el ISS se iba a acabar y añadió que PROTECCIÓN estaba en el mismo grupo de CONAVI que era su empleador (Audiencia virtual del 31 de enero de 2024).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo intereses, rendimientos y bonos pensionales, cuotas de administración, los dineros

EXP. 33 2020 00237 01

Jenny Alexandra Naranjo Cely Contra Colpensiones y Otro.

descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, 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).

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia 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 con dicha entidad 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

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

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 33 2020 00237 01

Jenny Alexandra Naranjo Cely Contra Colpensiones y Otro.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 33 2020 00479 01
Freddy Noguera Gaona 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 FREDDY NOGUERA GAONA CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 18 de agosto de 2023 por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FREDDY NOGUERA GAONA 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 *nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada a través de PORVENIR, por existir engaño y asalto a su buena fe. En consecuencia pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, y a COLPENSIONES aceptarlos y mantenerlo afiliado sin solución de continuidad (ver demanda folios 01 a 19 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 33 2020 00479 01
Freddy Noguera Gaona Contra Colpensiones y Otro.

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

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional que efectuó el demandante es estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, y es improcedente declarar un error de derecho dado que las condiciones están determinadas en una normatividad de público conocimiento. Sostiene que no es viable que el demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales, y que el demandante no aporta prueba que dé cuenta de vicios en el consentimiento prestado en el acto de traslado. Formuló las excepciones de fondo que denominó *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe* (ver contestación folios 3 a 26, archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalado en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, y no es posible tenerlo como afiliado del RMP. Aduce que está válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad por haber suscrito el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación folios 03 a 39, archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de agosto de 2023 mediante la cual el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con

EXP. 33 2020 00479 01
Freddy Noguera Gaona Contra Colpensiones y Otro.

prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y con esto la afiliación realizada a FREDDY NOQUERA GAONA, identificado con cedula de ciudadanía 79.265.807, afiliado el 8 de julio de 1996, a PORVENIR. SEGUNDO: DECLARAR que FREDDY NOQUERA GAONA, actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva a él régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR, fondo actual del demandante a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de FREDDY NOQUERA GAONA, a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales a que haya lugar. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del demandante e integrar en su totalidad la historia laboral. QUINTO: CONDENAR a PORVENIR, a transferir a COLPENSIONES, cuotas de administración, dineros descontados de seguros previsionales y de pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos al momento de cumplirse esta orden los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que lo justifique. SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES, a acudir a los mecanismos procesalista procesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior. SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia. OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, agencias en derechos 3 smmlv a cargo de PORVENIR, 1 smmlv a cargo de COLPENSIONES, esto es*

EXP. 33 2020 00479 01
Freddy Noguera Gaona Contra Colpensiones y Otro.

en beneficio o en favor de la parte demandante.” (Audiencia virtual, récord 19:21, archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., pide que se revoque la sentencia. Afirma que el antecedente jurisprudencial no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos pues debe existir similitud en las condiciones fácticas que considera no se da en este caso. Dice que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria cumpliendo los requisitos previstos para la época del traslado. Señala que las condiciones, características, ventajas y desventajas de las AFP se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993, lo que pudo el demandante validar en cualquier momento como consumidor financiero que le imponía el deber de actuar con la debida diligencia y obtener información suficiente. En relación con los rendimientos, dice que no tiene sentido que ante la declaratoria de la ineficacia se ordene su traslado a COLPENSIONES, contrario a ello, en virtud de las restituciones mutuas, al trasladar los frutos se le deben reconocer los gastos en que se incurrió para generarlos. Señala que no hay razón de orden jurídico para ordenar el traslado de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales y del fondo de garantía de pensión mínima, pues son de orden legal y cumplieron con su finalidad. Solicita que se revoque la orden de indexación, como quiera que esta se compensa con los rendimientos, como lo han expuesto otros Tribunales; que la orden de indexación, como quiera que esta se compensa con los rendimientos; y la condena en costas¹ (Audiencia virtual, récord 21:39, archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“muchas gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso apelación en contra de la sentencia de instancia solicitando a los honorable tribunal superior en su sala laboral, se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de afiliación del demandante al régimen de ahorro individual, así como las condenas impuestas en contra de la afp porvenir conforme a las siguientes consideraciones en primer lugar, debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable corte suprema de justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, en efecto, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria previa a una asesoría individual sin presiones e informado todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado en el caso del demandante en el año 1996 asimismo, debe aclararse, no se exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual se encontraban establecidas en la ley 100 del 93 por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada de igual manera también están los canales de comunicación,*

por lo que en cualquier momento pudo solicitar una reasesoría, como bien se dijo en las consideraciones. también cuando el demandante iba a cumplir 52 años, mi representada le envió un informe, pues hablándosele sobre la prohibición de trasladarse después de los 10 años y el usuario pues, decidió seguir vinculado a porvenir de igual manera, como todo consumidor financiero, pues el demandante debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento asimismo 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. en relación con los rendimientos, debe señalarse que de ser declarado ineficaz. el traslado el efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que se generarían en el instituto de seguros sociales hoy Colpensiones, y no los que se generaron en el régimen de ahorro individual con solidaridad pues no tiene sentido que si el traslado del régimen de ahorro individual no surtió ningún efecto legal se obligue a trasladar los rendimientos propios de este régimen en caso contrario por efectos de las restituciones mutuas al trasladar los frutos generados por el régimen, el cual se predica, pues nunca existió, el afiliado debería reconocerse en consecuencia a mi representada los gastos en que incurrió para poder administrar los aportes y generar estos rendimientos gastos que se sintetizan en la comisión de administración y las primas de seguros previsionales para efecto de la cobertura de la pensión en los casos de invalidez y muerte aquí se debe aclarar que mi representada estaba en obligación de contratar estos seguros previsionales y estos seguros previsionales se contrataron de acuerdo con la ley y cubrieron los riesgos de invalidez y muerte durante toda la afiliación del aquí demandante por lo que no tiene sentido que esos dineros que ya salieron de las arcas de mi representada pues también se obligue a trasladar de hecho pues en este panorama la afp ha actuado como un agente oficioso involuntario en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del código civil en cuanto pues creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otro en este caso entiéndase por Colpensiones y luego declarar la ineficacia del acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que habría tenido los aportes de haber sido gestionados por el encargado y si ello es así pues esa agencia oficiosa involuntaria debió dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que solamente debería estar obligada a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían tenido los aportes de haberse administrados por esta entidad o entregar los aportes con los rendimientos que se generaron en el régimen privado pero con el reconocimiento de los gastos de administración en el mismo orden de ideas, pues no es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por conceptos de primas de los seguros por cuanto, pues como ya lo expliqué anteriormente, ya no se encuentran en su poder, sino en la compañía aseguradora que contrató para la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requerían en línea con lo señalado anteriormente, 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 de vigilar, entre otras, a las sociedades administradoras de fondos de pensiones, y que cuenta dentro de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia esta corporación ha señalado que el traslado de recursos entre los regimenes pensionales debe efectuarse de conformidad con las normas específicamente prevista para ello que es el artículo séptimo del decreto 3995 del 2008 disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye la restituciones se solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada, en la medida que igualmente en la decisión se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentra en la cuenta individual del demandante y ellos así pues, por como bien lo ha señalado el tribunal superior del distrito judicial de Cundinamarca, como el tribunal superior de cali, pues se ha determinado que no es viable ordenar la indexación juntos con los rendimientos porque pues es importante recordar que la indexación lo que quiere es compensar la pérdida adquisitiva que tiene el dinero al transcurrir los años y pues con la orden de traslado también los rendimientos, cualquier pérdida adquisitiva que hubiese sufrido la moneda, pues ya fue compensada con los rendimientos y por ello no hay lugar a la indexación por último en lo que corresponde a las agencias en derecho debe declararse que desestimar la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a los que fue condenada mi representante por pues por consiguiente deberá desestimarse la condena en costas y en todo caso, pues como ya se dijo en los alegatos mi representada no podía negarse a la libertad de afiliación del demandante en el año de 1996 y es por todo lo anterior su señoría, que solicito respetuosamente al honorable tribunal superior

EXP. 33 2020 00479 01
Freddy Noguera Gaona Contra Colpensiones y Otro.

En el recurso de COLPENSIONES solicita también que se revoque la sentencia. Afirma que no ha vulnerado los derechos del demandante y que siempre ha actuado conforme al ordenamiento jurídico. Reitera que el demandante suscribió de manera voluntaria la afiliación, y podía validar en cualquier momento la información que considerara necesaria, además que se encuentra hoy inmerso en la prohibición legal de traslado. Pide que se revoque la condena en costas² (Audiencia virtual, récord 30:07, archivo 22 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).

revocar la sentencia de instancia respecto de las condenas impuestas en contra de la afp porvenir muchas gracias.”.

² *“considero que Colpensiones no vulneró los derechos de la parte demandante ya que actuó conforme al ordenamiento jurídico lo anterior basado en que respecto a la declaración de ineficacia de afiliación por parte del accionante, teniendo en cuenta que jurisprudencialmente, pues se ha informado que cada caso concreto debe ser mirado en específico y que el accionante suscribió el traslado bajo plena voluntad y asimismo, pudo validar en cualquier momento la información que se le estaba dando puesto que tenía la disponibilidad de realizar una asesoría en cuanto a la información que requería respecto a todo el cambio de régimen en conclusión dicho traslado tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del régimen suscrito en 1996 con la administradora de pensiones y cesantías porvenir conforme a lo estipulado en el artículo dos de la ley 797 de 2003, el cual modificó literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 donde se señala que después de 1 año de la vigencia de la presidente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando faltarán 10 años o menos para cumplir la edad, para tener así derecho a la pensión de vejez. así mismo su señoría, solicito de desestimar la indexación y los intereses, toda vez que para que haya lugar al reconocimiento de los mismos como presupuesto inexorable, debe existir un derecho reconocido y no pagado en oportunidad, sin embargo, el objeto de la litis fue establecerse que la demandante era beneficiaria de la misma en cuanto a las agencias de derecho, solicitó desestimar la condena en costas impuestas anteriormente toda vez no se puede condenar en costas por un proceso de afiliación en el que no fue participes, teniendo en cuenta el artículo 48, inciso 5, de la constitución política y el artículo 365, numeral 5 del código general del proceso en ese sentido, señor juez, dejó presentado mi recurso de apelación.”*

EXP. 33 2020 00479 01
Freddy Noguera Gaona Contra Colpensiones y Otro.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 33³ años de edad y había cotizado 163,43⁴ 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 meses y 26 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 55 años de edad- ver folio 73 del archivo 06 del expediente digital).

³ Nació el 21 de marzo de 1963, folio 73 archivo 06.

⁴ Ver historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales folio 30 a 34 archivo 06

⁵ Ibidem

EXP. 33 2020 00479 01
Freddy Noguera Gaona Contra Colpensiones y Otro.

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{6, 7}. Para 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, riesgos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) “*Si*

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. 33 2020 00479 01
Freddy Noguera Gaona Contra Colpensiones y Otro.

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

EXP. 33 2020 00479 01
Freddy Noguera Gaona Contra Colpensiones y Otro.

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 dijo que en una asesoría grupal en su lugar de trabajo le expusieron ventajas del fondo privado, luego un asesor de manera individual en una corta charla habló de los beneficios del fondo y de la crisis del ISS, y por eso suscribió la afiliación, sin que le informaran las desventajas del traslado (Audiencia virtual del 18 de agosto de 2023).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es

EXP. 33 2020 00479 01
Freddy Noguera Gaona Contra Colpensiones y Otro.

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). Ante esta circunstancia, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES y a PORVENIR, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dichas entidades en el caso bajo estudio.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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. 33 2020 00479 01
Freddy Noguera Gaona Contra Colpensiones y Otro.



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 37 2022 00553 01
María Elena Ocampo Botero 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 MARÍA ELENA OCAMPO BOTERO CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 29 de enero de 2024 por el Juez Treinta y Siete (37) 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, MARÍA ELENA OCAMPO BOTERO 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 e ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de PORVENIR. En consecuencia, pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, y a COLPENSIONES aceptarlos y mantenerla afiliada sin solución de continuidad (ver demanda folios 05 a 36 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 37 2022 00553 01
María Elena Ocampo Botero Contra Colpensiones y Otro.

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que la afiliación al régimen de ahorro individual se realizó con plena voluntad del cotizante en el año 2000, traslado que cumplió los requisitos vigentes para la época. Precisa que la demandante no tenía una expectativa legítima pensional que se hubiera afectado por el traslado y hoy en día se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes sería ilegal e improcedente. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 26 archivo 06 primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que la afiliación de la 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 13 de la Ley 100 de 1993. Advierte que la 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 *buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas* (ver contestación folios 3 a 24, archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de enero de 2024 mediante la cual el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características,

EXP. 37 2022 00553 01
María Elena Ocampo Botero Contra Colpensiones y Otro.

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 ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora MARÍA ELENA OCAMPO BOTERO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el mes de agosto del año 2000. En consecuencia se DECLARA válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, lo recaudado por gastos de administración y comisiones, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la sentencia. TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. CUARTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) S.M.M.L.V., por secretaría líquídense en la debida oportunidad procesal. Sin costas a cargo de COLPENSIONES. QUINTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el estudio de la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.”* (Audiencia virtual, récord 1:10:13, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES pide que se modifique el numeral segundo de la sentencia y se ordene la devolución de los conceptos debidamente indexados, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que la administradora del régimen de prima media no

EXP. 37 2022 00553 01
María Elena Ocampo Botero Contra Colpensiones y Otro.

puede verse afectada por las consecuencias de la ineficacia de traslado¹ (Audiencia virtual, récord 1:13:06, archivo 20 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 Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que*

¹ “Siendo el momento procesal oportuno y de manera respetuosa, manifiesto poner el recurso de apelación de forma parcial en contra de la sentencia, en lo que tiene que ver con el numeral segundo de la parte resolutoria, solicitándole con todo respeto al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, para que se adicionen al mismo, a que los conceptos mencionados en este numeral, se trasladen hacia Colpensiones debidamente indexados, teniendo en cuenta las sentencias SL 4974 de 2018, SL 1688 de 2019, SL 655 de 2022, por la siguiente razón: en las arcas de la AFP Porvenir se encuentran todos los aportes necesarios para que en su momento esta entidad falle al demandante la pensión de vejez, mientras que en el régimen de prima media administrado por Colpensiones podría verse un detrimento patrimonial, por lo cual es viable mencionar la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 en la cual ha sostenido lo siguiente “la administradora de pensiones del régimen individual tiene el deber de devolver al sistema todos valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor, que fue anulada, con todos sus intereses y rendimientos que se hubieren causado”. También traigo a colación la sentencia SL 1688 de 2019 en la cual manifiesta “debe asumir con cargo a sus propios recursos en tal sentido, se ordenará a la entidad accionada la devolución de estos dineros, debidamente indexados. Es por ello que las consecuencias de la ineficacia del traslado no pueden extenderse a terceros, en este caso la administradora del régimen de prima media, de modo que Colpensiones no debe ser perjudicado por el actuar de la AFP codemandada (sic), por lo cual dejo así sustentado el recurso de apelación.”

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 34² años de edad y había cotizado 232³ 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 1 mes)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 70 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

² Nació el 26 de enero de 1966, folio 70 archivo 01.

³ Ver historia laboral de Porvenir folio 68 a 74 archivo 07

⁴ Ibidem

EXP. 37 2022 00553 01

María Elena Ocampo Botero Contra Colpensiones y Otro.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{5, 6}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias 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,*

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

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

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

EXP. 37 2022 00553 01

María Elena Ocampo Botero Contra Colpensiones y Otro.

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 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 de 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 dijo que cuando estaba laborando en el Colegio Odontológico la buscó en varias oportunidades un asesor de Porvenir, quien le dijo que ISS se iba a acabar y de ser así, se iba a quedar

EXP. 37 2022 00553 01

María Elena Ocampo Botero Contra Colpensiones y Otro.

sin pensión, luego diligenciaron el formulario y lo suscribió, sin que le fuera suministrada información adicional (Audiencia virtual del 29 de enero de 2024).

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 se puede entender como un *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; 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, rendimientos financieros, lo recaudado por gastos de administración y comisiones, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷), los cuales se deben devolver

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. 37 2022 00553 01
María Elena Ocampo Botero Contra Colpensiones y Otro.

“debidamente indexados” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), es este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES las sumas antes indicadas debidamente indexadas.

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,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. devolver todos los valores debidamente indexados, 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 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.

EXP. 37 2022 00553 01

María Elena Ocampo Botero Contra Colpensiones y Otro.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA ÓLARTE

Magistrada

EXP. 42 2023 00131 01
Mario Rafael Santamaría Beltrán 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 MARIO RAFAEL SANTAMARÍA BELTRÁN
CONTRA LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 07 de febrero de 2024 por la Juez Cuarenta y Dos (42) 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 apoderada, MARIO RAFAEL SANTAMARÍA BELTRÁN presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia y/o nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado a través de COLFONDOS, así como su posterior traslado horizontal efectuado a PROTECCIÓN, *por no haber recibido información de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta*. En consecuencia, pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM y se condene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES las sumas recibidas

EXP. 42 2023 00131 01

Mario Rafael Santamaría Beltrán contra Colpensiones y Otros

por aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los pagos adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y los rendimientos, así como la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y se condene a COLPENSIONES a realizar la afiliación sin solución de continuidad (ver demanda folios 5 a 18 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que la afiliación al régimen de ahorro individual tiene plena validez y no se observa algún vicio del consentimiento en el acto de afiliación, por el contrario, se evidencia libertad de escogencia de régimen pensional por el demandante. Precisa que éste no tenía una expectativa legítima pensional que se hubiera afectado por el traslado, y hoy en día se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 por lo que solicitar el traslado entre regímenes sería ilegal e improcedente. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, saneamiento de la nulidad alegada, 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 la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 3 a 24 archivo 06 primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda que involucran a esa entidad, en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del demandante. Afirma que se hizo mediante un acto jurídico existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata con el formulario de afiliación suscrito en forma libre y espontánea con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes, generó derechos y obligaciones, y cumple con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación pues está establecida en la Ley 100 de 1993. Propuso

EXP. 42 2023 00131 01
Mario Rafael Santamaría Beltrán contra Colpensiones y Otros

en su defensa las excepciones de mérito que denominó *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto* (ver contestación folios 3 a 27 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso también a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra, en especial a la declaración de nulidad del traslado efectuado a dicha entidad desde otra administradora del mismo régimen. Aduce que brindó al demandante asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones de trasladarse dentro del RAIS, las diferencias entre este y el RPM, las ventajas y desventajas, bonos pensionales, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y derecho de retractó, como consta en el formulario correspondiente que suscribió el demandante. Resaltó que los posteriores traslados efectuados dentro del mismo régimen ratificaron su voluntad de permanencia, lo que desvirtúa el presunto engaño al que habría sido sometido. Expuso que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y no contaba con una expectativa legítima de alcanzar la pensión en el momento del traslado. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.* (ver contestación folios 3 a 23, archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. (folios 41 a 46 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia), el cual se negó por auto del 19 de enero de 2024 (archivo 12, ibídem.).

EXP. 42 2023 00131 01
Mario Rafael Santamaría Beltrán contra Colpensiones y Otros

Terminó la primera instancia con sentencia del 07 de febrero de 2024 mediante la cual la Juez Cuarenta y Dos (42) 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 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 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 de régimen pensional que realizó el demandante MARIO RAFAEL SANTAMARIA BELTRÁN del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la vinculación que realizó a COLFONDOS S.A. el 23 de octubre de 1996, así mismo se declara ineficaz el traslado horizontal realizado con posteriormente de COLFONDOS a PROTECCIÓN el 12 de agosto de 2011. SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conforme se expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados conforme se expuesto en la parte motiva. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúe la AFP PROTECCIÓN para que proceda la AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS para que proceda a activar la afiliación del demandante como si este nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la*

EXP. 42 2023 00131 01
Mario Rafael Santamaría Beltrán contra Colpensiones y Otros

información de su historia laboral en semanas cotizadas. QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas. SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., se ordena incluir por concepto de agencias en derecho la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente el cual debe ser cancelada a prorrata por estas entidades en favor del actor. Sin costas a cargo de COLPENSIONES. SÉPTIMO: EN CASO DE NO SER apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES consúltese con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos que define el artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.” (Audiencia virtual, récord 1:08:02, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS, solicita que se revoque la sentencia en su totalidad. Afirma que se brindó asesoría en la cual se informaron los beneficios del régimen de ahorro individual con solidaridad y que la afiliación se ratificó y subsanó con el traslado horizontal a la AFP PROTECCIÓN. Pide que se evalúen las pruebas documentales y el interrogatorio de parte, así como los resultados de la gestión del RAIS, y que tenga en cuenta que cumplió con la normatividad aplicable para ese momento, como se desprende del formulario de afiliación. Señala que de declararse la ineficacia no hay lugar a la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, por tener un origen legal y un destino específico que se vio reflejado en los rendimientos y en las coberturas de la aseguradora. Considera que al analizar los efectos de la ineficacia no es procedente la devolución de los rendimientos e intereses, tan sólo procede la devolución de los ahorros del accionante¹ (Audiencia virtual, récord 1:10:33, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“muchas gracias su señoría, dentro de la oportunidad procesal correspondiente me permito muy respetuosamente presentar apelación en contra de la sentencia acabada de dictar por su despacho y asimismo me permito sustentarla de la siguiente manera sea primero indicar que el suscrito presenta recurso de apelación en todos los numerales declarados por su despacho, en el sentido de declarar la ineficacia en condenar a protección al traslado de los saldos a condenar a mi representada a remitir a la demandante a Colpensiones los gastos de administración, seguros previsionales, pensiones de fondo de garantía mínima y gastos de administración asimismo la vinculación o la orden que se le da Colpensiones de recibirlo, como si el traslado nunca hubiera existido y sobre todo en la declaración de la no prosperidad de las excepciones presentadas en el caso que nos ocupa solicito muy respetuosamente a los honorables magistrados del tribunal superior de la sala de distrito judiciales, Bogota sala laboral que se debe estudiar lo siguiente es verificar dos aspectos uno el primero el momento*

de la afiliación con mi representada, esto es para el año 1996 con una fecha de efectividad en el año 1997, donde el estudio correcto nos debe indicar que lo que se debe revisar para llegar a una correcta asesoría es la edad del afiliado y importantísima la edad del afiliado en el caso que nos ocupa, el afiliado tenía 35 años de edad, asimismo se debe revisar el ingreso base de cotización en el caso que nos ocupa tenía era 400.000 pesos y esto se puede verificar en la historia laboral y así mismo se tiene que realizar las semanas cotizadas para poder pensionarse o las semanas cotizadas que lleva actuando el afiliado en este orden de ideas, vemos que el afiliado para la fecha tenido un total de 297 semanas cotizadas en el régimen de prima media vemos que si existe una asesoría, vemos que si existe una reunión con el afiliado donde se le informa los beneficios del régimen de ahorro individual con solidaridad por parte de que Colfondos pensiones y cesantías y esto mismo se ratifica en el interrogatorio de parte de muy respetuosamente el suscrito considera que la parte demandante ha omitido información en esta declaración pues así ha sido sin embargo, el informa acerca de la rentabilidad que se le prometió por parte de Colfondos y en efecto, así también lo realizó protección así también informa sobre algunos de los beneficios que le otorga el régimen de ahorro individual con solidaridad sobre todo lo que es la pensión anticipada y la posibilidad de pensionarse de manera anticipada sin esperar a cumplir la edad de pensión y esto es una realidad porque aun así sigue siendo vigente en el régimen de ahorro individual con solidaridad también en la pregunta frente a la que se le explicó en Colpensiones la asesora le explicó que Colpensiones en efecto es del estado y en efecto, anteriormente el instituto de seguros sociales iba a desaparecer y así fue, en ese orden de ideas, pues se llegó a la conclusión que lo más conveniente para el afiliado era estar afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad y soy muy enfático en decir o mencionar que ninguno de nosotros conocemos el futuro que nos espera por lo tanto nosotros no podemos prever qué es lo que nos va a esperar o cuál va a ser nuestro futuro laboral ya que en el eventual caso en el que el afiliado no hubiese seguido cotizando créeme que estuviera totalmente conforme con una afiliación al régimen de ahorro individual bajo la figura de devolución de saldos nosotros no somos quién para poder determinar qué va a ocurrir el día de mañana, por lo tanto, la afiliación debe basarse es mirando retrospectivamente, en ese orden de ideas es la misma conclusión que se podría llegar a la fecha actual sobre una valoración de un afiliado o incluso una doble asesoría por otra parte muy respetuosamente solicito al despacho entrar a estudiar lo que significa la ratificación de la afiliación al señor santa maría a realizar un traslado horizontal, si en efecto en el año 1997, como el a quo determinó, posiblemente se haya podido omitir algún tipo de información esta ratificación de la afiliación se pudo subsanar y se subsanó en el año 2011, al momento de realizar este traslado horizontal a protección, informa el demandante en su interrogatorio, de parte, que se encuentra totalmente a gusto con las condiciones de la afiliación de protección que un amigo de él lo afilió y él lo dijo, pues lo hice de manera voluntaria y lo hice de manera informada y lo hice en forma de agradecimiento por todas las gestiones y la información que nos suministró mi amigo, el asesor de protección no solo conmigo sino con todos los demás que estábamos allí y por eso me afilié a protección en el año 2011 se puede verificar esta información de la afiliación en el SIAFP donde aparece que la efectividad fue en este año y es importante esta fecha porque el afiliado tenía hasta el año 2013 para poder regresarse al régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones quiere decir que para este momento el afiliado sí tenía conocimiento acerca de los regímenes pensionales y sí conocía su historial laboral y si conocía lo que corresponde a las afiliaciones en el régimen de ahorro individual con solidaridad también solicito de manera muy respetuosa que en este caso no solamente se evalúen las pruebas documentales y las pruebas recopiladas mediante los interrogatorios de parte, sino que también se evalúe como un mecanismo probatorio los resultados ofrecidos por el RAIS ya que con las pruebas aportadas y la información que tenemos en este mismo momento en el proceso podemos llegar a la conclusión que trasladarse a Colpensiones no le daría una tasa máxima de reemplazo en 60% y es principalmente una de las peticiones o las motivaciones de esta demanda, que llegara escasamente a las 1.300 semanas, el afiliado debe tener y tendrá un derecho a una pensión mínima o un salario mínimo y eso es una realidad por lo tanto, estamos haciendo es de mejorar las condiciones del afiliado, ya que desde noviembre del año pasado él podría ostentar la calidad de pensionado en protección por lo anterior, se puede determinar que Colfondos nunca engañó al señor santa maría durante toda la afiliación él tuvo la oportunidad de regresarse al régimen de prima media situación que escogió el afiliado por voluntad propia mantenerse en el régimen de ahorro individual con solidaridad incluso vuelvo y digo fue ratificada mediante la afiliación horizontal realizada la AFP Protección, momento para el cual todavía estaba dentro de los límites permitidos de la ley 100 del 93 para estar en el traslado ahora bien con relación a la afiliación como mi representada, pues este suscrito sí difiere con respecto al formulario de afiliación, ya que para la época de 1997 es totalmente evidente que no se conocía ni siquiera en los jueces tenían conocimiento acerca del funcionamiento del régimen de ahorro individual con solidaridad y no se exigía todos los requerimientos que se nos están solicitando al momento de hacer una filiación la afiliación se realizó de manera verbal con el afiliado con

EXP. 42 2023 00131 01

Mario Rafael Santamaría Beltrán contra Colpensiones y Otros

En el recurso de COLPENSIONES, solicita que se revoque la condena impuesta a esa entidad. Afirma que el traslado se dio mediante acto jurídico

el señor santa maría y en la leyenda de su formulario afiliación indica abro comillas la voluntad de selección de la afiliación la hago constar que escojo el régimen de ahorro individual con solidaridad y la efectuada de forma libre, espontánea, sin presiones manifiesto que he elegido la compañía colombiana administradora de pensiones Colfondos SA para que administre mis aportes pensionales y todos los datos promocionados en esta solicitud son verdaderos en relación a este formulario de afiliación, debemos destacar que cumple con los requisitos legales establecidos para ese momento, que son los que se encuentran en el artículo 11 del decreto 692 de 1994 por lo tanto, no es posible que se nos pueda exigir algún otro documento que acredite dicha asesoría asimismo queremos resaltar que en este mismo documento se encuentra expresado lo que corresponde el derecho al retracto con base al artículo tercero del decreto 1161 de 1994 el afiliado tenía hasta 5 días hábiles para poder retractarse de esta afiliación en el eventual caso que el despacho considere la procedencia de la ineficacia del traslado es necesario entrar a discutir varias partes sobre todo en lo que corresponde a la no procedencia de la devolución de la cuota administración cuota de seguros, frutos, rendimientos, intereses y las demás condenas establecidas por el a quo me permito presentar apelación y sustentarla con base en los siguientes motivaciones en el caso de la cuota administración no es viable que se proceda a hacer una devolución de las mismas, pues esta es la razón la cuota administrativa, se da en laboral la razón que realizó el fondo de pensiones a la labor que la AFP realizó tanto Colfondos como protección durante todas las afiliaciones y esto va directamente proporcional o se debe esto directamente proporcional en los rendimientos e intereses generados a favor del afiliado quieren decir que en virtud a esta naturaleza cumplió la finalidad, la cual fue generar beneficios al afiliado no solo esta AFP, sino la codemandada y todos los fondos de pensiones que estuvo afiliados han trabajado durante todos estos años a favor del afiliado para aumentar sus saldos en su cuenta de ahorro individual, lo cual no es más que sus ahorros de vida más los rendimientos generados e intereses, los cuales siempre en el lapso del tiempo han sido de manera ascendente incluso en los momentos cesantes de la afiliación, siempre se ha generado estos rendimientos de intereses por esta razón es totalmente legal que mi representada tenga derecho a la cuota administración asimismo, no es procedente el reconocimiento de una devolución de cuotas de seguros, puesto que siempre se le ha garantizado durante toda la afiliación una cobertura total y amparo de los riesgos de vejez fallecimiento de invalidez en virtud de una póliza con la segura que corresponde en el eventual caso de configurarse de dicho riesgo, esta aseguradora tendría que colocar la suma adicional para financiar la prestación que haya reconocer vale la pena resaltar que esta tiene una naturaleza preventiva, lo que quiere indicar que en cualquier momento podría solicitarse su amparo por lo que debe estar totalmente garantizada la cobertura el hecho que el afiliado no haya hecho uso de la misma no cambia su naturaleza y la protección obtenida durante toda la vigencia de las afiliaciones por último, me gustaría también solicitar a quo que se haga un estudio relativo sobre lo que corresponde la ineficacia y el por qué no es procedente en este tipo de procesos seguir hablando de una ineficacia tenemos que el término de la ineficacia o lo que se ha dicho de manera jurisprudencial como lo data las líneas jurisprudenciales en término de la ineficacia, lo que querrá indicar es que la afiliación nunca existió y nunca debió existir por lo tanto, como lo determinó, el a quo ordena la regresión de la cuota administración, seguros y demás condenas que no debieron efectuarse o de más beneficios que los fondos de pensiones no tuvieron que efectuarse y lo ordena el reintegro a COLPENSIONES si somos conscientes, sí las AFP deben regresar los dineros que no tuvieron que obtener, así mismo debe regresar el afiliado los dineros que él no tuvo que obtener y estamos olvidando algo muy importante porque los rendimientos e intereses son naturaleza exclusiva del régimen de ahorro individual, con solidaridad, sin el régimen de ahorro individual, con solidaridad no es posible obtener rendimientos e intereses esto se da en razón a la administración de los recursos por la AFP la cuenta de ahorro individual de un afiliado está compuesta por saldos o aportes a pensiones que realiza bono pensional en el eventual caso de constituirse intereses y rendimientos los intereses y rendimientos nacen, es en virtud a la administración del fondo de pensiones, en ese orden de ideas, en el eventual caso de declararse una ineficacia el afiliado solo debe tener derecho es a la devolución de los ahorros que él obtuvo en vida que son los mismos que tendrían en Colpensiones, más no de los rendimientos intereses puestos estos no tienen ningún fundamento jurídico ni legal para su existencia por lo tanto muy respetuosamente me permito solicitar al despacho la admisión de este recurso de apelación y, en su defecto, al tribunal superior sala laboral del distrito judicial de Bogotá la absolución de mi representada y la revocatoria de la sentencia muchísimas gracias su señoría”

EXP. 42 2023 00131 01

Mario Rafael Santamaría Beltrán contra Colpensiones y Otros

valido y que el demandante debió ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional pues de su elección dependería su futuro pensional. La ineficacia decretada contribuye con la descapitalización del sistema por reconocer la prestación a un afiliado que no contribuyó con el fondo común. Solicita no se le imponga condena en costas como quiera que su actuar se encuentra revestido de buena fe y conforme a la normatividad vigente² (Audiencia virtual, récord 1:24:13, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

² *“gracias señora juez, de manera respetuosa y estando dentro de la oportunidad pertinente, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación contra la sentencia parcialmente proferida por su despacho, para que el honorable tribunal superior en su sala laboral de Bogotá revoque todas las condenas impuestas a mi representada y se absuelva conforme a los siguientes argumentos, no debe declararse la ineficacia del traslado del régimen de prima al RAIS ni declara válidamente la afiliación a la administradora colombiana de pensiones, Colpensiones en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos, tanto que el demandante efectuó aportes al fondo privado adquiriendo obligaciones, por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de mi representada hoy en día, teniendo en cuenta las sentencias proferidas por la corte constitucional, el honorable tribunal superior de Bogotá en su sala laboral, que se ha pronunciado sobre la ineficacia del traslado y ha revocado la decisión del juez de primera instancia bajo el siguiente argumento que me permito reiterarlo en esta apelación, “ el afiliado no está exonerado en su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio y régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta pues que su elección dependerá su futuro pensional la responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados con ocasión de cualquier infracción, error u omisión de los promotores de la AFP, indicando que es responsabilidad de estas últimas, razón por la cual esta disposición no permite trasladar los perjuicios de las omisiones en el deber de información a un sujeto de derecho que como Colpensiones, no interviene en la decisión del afiliado al momento de optar por el RAIS, ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría que solo se estableció a partir del año 2014” pronunciamiento del doctor Lorenzo Torres Rossi, David Correa Steer Y Rinha Patricia Escobar ahora bien, no se puede condenar a mi representada a recibir los aportes realizados por el demandante durante tantos años y querer disfrutar de una pensión de vejez manifestando que es más beneficiosa en el régimen de prima media a una persona que no ha ayudado a contribuir con el fondo común de pensiones esto conlleva la descapitalización del sistema pensional, que ya fue objeto de pronunciamiento por la corte constitucional en sentencia C1024 del 2004, C062 del 2010 además, pues estaría premiando el desconocimiento de la ley que se alega en este tipo de proceso solicito de manera respetuosa al honorable tribunal en caso de confirmar esta instancia que no sea condenada en costas a mi representada en segunda instancia toda vez que como se puede visualizar en el proceso a actuado de buena fe conforme la normatividad vigente al negar el traslado lo hace conforme a la prohibición legal contemplada en el artículo dos de la ley 797 del total del 2003 la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993 a la fecha en que el demandante solicitó a Colpensiones el traslado a esa entidad en el 2021 el demandante contaba con 59 años aproximadamente, por lo que pues claramente se encontraba dentro de esta prohibición legal y en caso también a los honorables magistrados, solicito respetuosamente, en caso de confirmar esta sentencia o la ineficacia del traslado, se les ordene a las AFP tanto protección como Colfondos es reintegrar la totalidad de cotizaciones conforme la sentencias sl4989 el 2018, sl 1421 del 2019 radicado, 56174 por lo anterior, su señoría solicito conceder este recurso de apelación interpuesto por esta sentencia y a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá en su sala laboral, que sean considerados estos argumentos que se ampliaran una vez corra traslado y en consecuencia puedes revocar las condenas impuestas a mi representada muchas gracias”*

EXP. 42 2023 00131 01
Mario Rafael Santamaría Beltrán 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 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. 42 2023 00131 01

Mario Rafael Santamaría Beltrán contra Colpensiones y Otros

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 34³ años de edad y había cotizado 299.29⁴ 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, 5 meses y 21 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 61 años de edad- ver folio 193 del archivo 01 del expediente digital).

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

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

³ Nació el 15 de noviembre de 1961, folio 193 archivo 01

⁴ Ver historia laboral de Protección folios 71 y 72 archivo 07

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”.*

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) -según la Corte- 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

EXP. 42 2023 00131 01

Mario Rafael Santamaría Beltrán contra Colpensiones y Otros

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que una asesora de COLFONDOS llegó a la empresa SERDAN donde laboraba para la época del traslado, e indicó que el ISS tendía a acabarse por ser del Estado y en cualquier momento desaparecería, le informó que uno de los beneficios de trasladarse de régimen era el tener una cuenta individual donde obtendría una rentabilidad con la que podría pensionarse en el tiempo que quisiera, le indicó que a los 45 años, esta asesora visitaba todos los días la empresa y fue insistente con el traslado de régimen, sin suministrar información adicional sobre el funcionamiento de los regímenes pensionales ni sobre los requisitos para acceder a la pensión (Audiencia virtual del 07 de febrero de 2024, récord 11:26).

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 o los traslados horizontales efectuados; 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 del demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, a cargo de aquella y de COLFONDOS por el tiempo que estuvo afiliado a cada una de ellas, pues así lo definió la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa corporación 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) *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia 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 con dicha entidad en el caso bajo estudio.

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.

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. 42 2023 00131 01
Mario Rafael Santamaría Beltrán contra Colpensiones y Otros

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional 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 COLFONDOS

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

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. 43 2023 00203 01
Francisco Javier Castro Caicedo 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 FRANCISCO JAVIER CASTRO CAICEDO
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 19 de febrero de 2024 por la Juez Cuarenta y Tres (43) 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 apoderada, FRANCISCO JAVIER CASTRO CAICEDO 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 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado a través de PORVENIR, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR a trasladar los dineros que recibió con motivo de la afiliación junto con los rendimientos que se hubieren causado, y se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado y tenerlo como afiliado al RPM (ver demanda folios 01 a 21 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 43 2023 00203 01
Francisco Javier Castro Caicedo contra Colpensiones y otros.

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que la afiliación al régimen de ahorro individual se realizó con plena voluntad del cotizante y ha sido ratificada con la permanencia en ese régimen, el traslado se realizó cumpliendo los requisitos vigentes para la época. Precisa que el demandante no tenía derechos adquiridos ni una expectativa legítima en el momento del traslado y se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; solicitar el traslado entre regímenes sería ilegal e improcedente, lo que imposibilita a esta AFP para reactivar su afiliación y aceptar el traslado de los aportes realizados. Propuso como excepciones perentorias las que denominó *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, la innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público* (ver contestación folios 85 a 108 archivo 07 y folios 4 a 27 archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que la afiliación del demandante a esa administradora fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, como se advierte del formulario de vinculación en el que consta la declaración escrita a la que se refiere el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Indica 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 *buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y prescripción* (ver contestación folios 2 a 28, archivo 08, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de febrero de 2024 mediante la cual la Juez Cuarenta y Tres (43) 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

EXP. 43 2023 00203 01

Francisco Javier Castro Caicedo contra Colpensiones y otros.

no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del señor FRANCISCO JAVIER CASTRO CAICEDO del régimen de prima media con prestación definida, administrado en ese entonces por el ISS (hoy la administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones) al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por hoy por Porvenir S.A., conforme con la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO. CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiere percibido con motivo de la afiliación demandante del señor FRANCISCO JAVIER CASTRO CAICEDO, como cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos. Asimismo, deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, de conformidad con lo indicado en la parte motiva. TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones a tener como válidamente afiliado al señor FRANCISCO JAVIER CASTRO CAICEDO al régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiese trasladado, y recibir los dineros trasladados por la AFP Porvenir S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva. CUARTO. DECLARAR NO probados los presupuestos de hecho que soportan las excepciones formuladas por Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. QUINTO. COSTAS de esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., y en favor del demandante tásense las agencias en derecho en la suma de \$1.300.000. No se condena en costas a Colpensiones. SEXTO. REMÍTASE el presente proceso al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.”* (Audiencia virtual, récord 1:27:43, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

EXP. 43 2023 00203 01

Francisco Javier Castro Caicedo contra Colpensiones y otros.

En el recurso de PORVENIR S.A. solicita que se revoque la sentencia. Afirma que cumplió con las exigencias previstas para la época del traslado y en su momento brindó la información necesaria para una decisión consiente del demandante. Señala que los gastos de administración tienen un origen legal y una destinación específica, por ello se debe ordenar la restitución mutua y la compensación a favor del fondo, lo contrario llevaría a un enriquecimiento sin justa causa a favor del régimen de prima media. En relación con las primas de seguros previsionales afirma que cumplieron su propósito, además son dineros que no se encuentran en poder del fondo. La indexación tampoco es procedente como quiera que los rendimientos son sumas actualizadas y la devolución indexada correspondería a una doble condena, además esos rendimientos le permitirán a Colpensiones cubrir la mesada pensional¹ (Audiencia virtual, récord 1:29:35, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Siendo el momento procesal oportuno, me permito presentar y sustentar en debida forma el recurso ordinario de apelación ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sala Laboral, solicitando que se revoque el fallo de primera instancia. Ello respecto de la declaración de ineficacia, y consecuentemente en la condena impuesta en contra de Porvenir. Lo anterior, honorables magistrados, por cuanto se insiste que mi representada cumplió con cada una de las obligaciones exigentes para la data en la que se efectúa el traslado pensional. Prueba fehaciente de ello, fue todo lo afirmado por el señor demandante en el interrogatorio de parte, por lo cual, resultaría necesario hacer un especial análisis a dichas manifestaciones, para lograr determinar que en su momento se le otorgó toda la información adecuada para que el señor demandante adquiriera una información, y fuese consiente de la decisión que estaba tomando. De igual manera se advierte que las sumas correspondientes a gastos de administración que en el presente caso se ordena trasladar, tiene una destinación específica por mandato legal, la cual se cumplió plenamente por mi representada, y prueba fehaciente de ello son los rendimientos financieros reconocidos al señor demandante. Es así, que en caso de que el despacho ordene que se deban retornar todos los rendimientos financieros causados en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y no hasta el tope que se hubieran causado en el régimen de prima media, resulta necesario autorizar la restitución mutua y la compensación a la que haya lugar, independientemente del motivo que de lugar a la presente ineficacia. A mi representada se le debe reconocer los gastos en que ha incurrido en favor del afiliado. Lo contrario llevaría a un enriquecimiento sin justa causa a favor del régimen de prima media, pues en últimas se terminaría beneficiando por una administración que no hizo. De igual manera se advierte que aquellos dineros que se destinaron a la contracción de las primas los seguros de invalidez y sobrevivencia, se ha cubierto al demandante durante toda la afiliación del frente a las contingencias de invalidez y muerte, o sea, igualmente se cumplió la finalidad de la ley, y no es posible una restitución de dichos valores. Además, porque existe una imposibilidad material, toda vez que son dineros que ya no están en nuestro poder, con lo cual, con la declaratoria de ineficacia existen condenas que por su misma naturaleza serían imposibles de cumplir. Finalmente se advierte que la condena impuesta sobre indexación también sería improcedente, atendiendo a que, ante la eventual condena del traslado de rendimientos, estas son sumas que están actualizadas, toda vez que se tiene que no han sufrido un detrimento patrimonial. Por lo cual, al condenar a una indexación conllevaría a una doble condena, pues también se busca una actualización de la moneda. Además, se advierte que con esos valores producto de los rendimientos, le permitiría a Colpensiones cubrir la mesada pensional con un bien mejorado producto de la profesional gestión de mi representada. De esta manera dejo el presente recurso de apelación, muchas gracias.”

EXP. 43 2023 00203 01
Francisco Javier Castro Caicedo contra Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES, aduce que según el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 modificado por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no es posible el traslado del demandante como quiera que para el momento de la presentación de la demanda tenía con 62 años, esto es le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez² (Audiencia virtual, récord 1:33:20, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

² “El apoderado judicial de Colpensiones presentó recurso de apelación parcial ante los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, respecto a la decisión de primera instancia, con fundamento en que la entidad a la que represento está gobernada por el principio de legalidad. Por lo tanto, no puede realizar nuevos actos de lo que la ley le ha permitido. Cualquier acto administrativo que expida debe estar acorde al ordenamiento jurídico que así lo gobierna. Así las cosas su señoría, téngase en cuenta que es pertinente manifestar que según el artículo 2 de la ley 797 de 2003, modificado por el artículo 13 de la ley 100 de 1993, señala que después de un año de la vigencia de esta ley es la de que (sic) el afiliado no podrá cambiarse de régimen cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Teniendo en cuenta esto, se tiene que la fecha de admisión de la demanda el actor contaba con 62 años. Entonces, la imposibilidad de pasarse de régimen según la norma actual, la norma citada. En ese sentido que se revoque la decisión de primera instancia.”

EXP. 43 2023 00203 01

Francisco Javier Castro Caicedo contra Colpensiones y otros.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 32³ años de edad y había cotizado 236,43⁴ 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, 6 meses y 11 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima de acceso a la pensión (tenía 61 años de edad- ver folios 02 del archivo 07 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

³ Nació el 10 de julio de 1961, folio 02 archivo 07.

⁴ Ver historia laboral de Oficina de Bonos Pensionales folio 90 a 94 archivo 08, historia laboral de Colpensiones folio 43 a 50 archivo 05

⁵ Ibidem

EXP. 43 2023 00203 01

Francisco Javier Castro Caicedo contra Colpensiones y otros.

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»*. 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,*

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”.*

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que en el año 1994 trabajaba en RCN y debía ir a cambiar el cheque de nómina en las oficinas del Banco Bogotá, donde fue abordado por un asesor del fondo de pensiones

EXP. 43 2023 00203 01
Francisco Javier Castro Caicedo contra Colpensiones y otros.

HORIZONTE quien le informó que iba a tener una cuenta individual diferente al fondo público que era un fondo común que presentaba falencias porque manejaba salud, pensión y cesantías, también le hablaron sobre la posibilidad de acceder a la pensión anticipadamente, sobre rendimientos, la posibilidad de heredar los aportes, pero no le informaron sobre las diferencias entre los regímenes pensionales, ni como se causa la pensión cada uno de ellos, tampoco sobre la posibilidad de retornar al RPM ni cómo se causaba la pensión en el fondo privado (Audiencia virtual del 19 de febrero de 2024).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, pues así lo definió la Sala Laboral de la Corte en las sentencias que se siguen como precedente (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA entre otras). 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).

EXP. 43 2023 00203 01
Francisco Javier Castro Caicedo contra Colpensiones y otros.

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). No es posible, como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

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.

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. 43 2023 00203 01
Francisco Javier Castro Caicedo contra Colpensiones y otros.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
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. 04 2022 00270 01
Ginna Paola Rojas Ramírez contra Blanca Cecilia López de Najjar

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GINNA PAOLA ROJAS RAMÍREZ CONTRA
BLANCA CECILIA LÓPEZ DE NAJAR.**

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2023 por el Juez Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 1 de junio al 31 de octubre de 2021, y se condenó a la demandada a pagar a la demandante prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social e indemnización moratoria.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GINNA PAOLA ROJAS RAMÍREZ presentó demanda contra BLANCA CECILIA LÓPEZ DE NAJAR propietaria del establecimiento de comercio denominado OZ PLATINOZ, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo entre *junio de 2005 al 16 de abril de 2022*, el cual terminó por despido indirecto. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagar cesantías, vacaciones, primas de servicio, intereses a las cesantías y aportes a seguridad social, la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que en junio de 2005 celebró un contrato verbal de trabajo con la demandada para laborar en el establecimiento denominado OZ PLATINOZ ubicado en la Calle 74 No. 20-37

Pisos 1 y 2 de esta ciudad inicialmente como mesera y luego como administradora. Sostiene que inició con un salario de \$30.000 más propinas, el cual para el 2006 subió a \$70.000 diarios más propinas y para el 2017 era de \$100.000 diarios más propinas, sin embargo, en marzo de 2020 y por virtud de la pandemia, el establecimiento pasó a ofrecer servicios de *web cam* y se redujo su salario a \$70.000 diarios. En diciembre de 2021 pactó una remuneración de \$85.000 más propinas. Indica que el establecimiento de propiedad de la demandada tiene como actividad principal la venta y consumo de bebidas alcohólicas, así como la prestación de servicios sexuales, y que, aunque en repetidas ocasiones ha cambiado su denominación siempre ha desarrollado el mismo objeto bajo la gerencia de JORGE RICARDO NAJAR LÓPEZ (Q.E.P.D.), hijo de la demandada. Laboraba de lunes a sábado y su horario, antes del 2017, era de 4:00 p.m. a 3:00 a.m. del día siguiente; luego fue de 5:00 p.m. a 6 o 7:00 a.m., se le otorgó un carné que la identificaba como *trabajadora de CALL CENTER PLATINOZ* y uniforme que cambió a lo largo de la relación laboral. En diciembre de 2020 y una vez otorgado el permiso por el Gobierno Nacional, el establecimiento se inscribió como gastrobar a efectos de abrir nuevamente sus puertas al público. Aduce que las labores las ejecutó de manera directa bajo la dirección de la demandada y de su hijo JORGE RICARDO NAJAR LÓPEZ (Q.E.P.D.), y una vez éste falleció, la demandada inició una *persecución en su contra*, el 16 de abril de 2022 debió ausentarse de su sitio de trabajo por una calamidad familiar, situación que molestó a BLANCA CECILIA LÓPEZ DE NAJAR y que conllevó a que le pidiera entrenar a otra persona para asumir su cargo. Manifiesta que *ante los malos tratos y el hecho de tener que transmitir su conocimiento y forma de atender el establecimiento a otra persona y ante el inminente despido*, ese mismo día *decidió renunciar llevada por el desespero de saber que iba a ser despedida*, fecha para la cual se le adeudaba el salario y algunas propinas de esa semana, y aunque reclamó el pago de estos conceptos y de las prestaciones causadas en vigencia del contrato de trabajo, a través de correo electrónico el 6 de mayo de 2022, no recibió respuesta alguna (folios 1 a 10 archivo 01, primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por BLANCA CECILIA LÓPEZ DE NAJAR a través de apoderado judicial. Negó todos los hechos y se opuso a las pretensiones afirmando que la demandante no prestó servicios personales a su favor, ni le remuneró alguna actividad en los

Exp. 04 2022 00270 01
Ginna Paola Rojas Ramírez contra Blanca Cecilia López de Najar

extremos señalados en la demanda. Además, indicó que el establecimiento de comercio de su propiedad es el permitido por la ley de acuerdo con la licencia de funcionamiento, funciona en horarios previamente determinados por las autoridades distritales y presta servicios de *comidas preparadas o restaurante*. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, buena fe del demandado, mala de la demandante, cobro de lo no debido, ausencia de causa para demanda, pago, compensación y prescripción* (archivo 05, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de julio de 2023 mediante la cual el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes entre el 1 de junio y el 31 de octubre de 2021, y condenó a la demandada a pagar a la demandante prestaciones sociales y vacaciones causadas, e indemnización moratoria, y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión el juez concluyó de las pruebas aportadas la prestación de servicios a favor de la demandada en el periodo señalado, razón por la cual y en aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., existió contrato de trabajo pues la subordinación no fue desvirtuada, por el contrario, aparece también acreditada. Como no se probó el pago de las acreencias laborales, dispuso el pago teniendo en cuenta para su cálculo un salario de \$1.020.000 mensuales conforme a lo indicado por la demandante. Negó la indemnización por despido indirecto por no haberse acreditado el despido, e impuso la sanción moratoria por no encontrar razones que justificaran el actuar omisivo de la demandada. No accedió a la sanción por no consignación de las cesantías pues, en la forma como quedó declarado el contrato de trabajo, no nació para la empleadora la obligación de consignar dicha prestación a un fondo.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre BLANCA CECILIA LÓPEZ DE NAJAR como empleadora y GINNA PAOLA ROJAS RAMÍREZ como trabajadora desde el 1 de junio de 2021 hasta el 31 de octubre del mismo año, teniendo como salario la suma de \$85.000 diarios por 3 días a la semana, para un total de \$1.020.000 al mes. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada al pago de \$425.000 por concepto de cesantías, \$21.250 por concepto de intereses sobre las cesantías, \$212.500*

Exp. 04 2022 00270 01

Ginna Paola Rojas Ramírez contra Blanca Cecilia López de Najar

por concepto de compensación de vacaciones, \$425.000 por concepto de prima de servicios. TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar como indemnización moratoria un día de salario, a pagarle a la demandante, a partir del primero de noviembre de 2021 hasta cuando se verifique el pago de las cesantías y prima de servicios, un día de salario esto es \$34.000 pesos por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales e intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia bancaria. CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar los aportes a seguridad social al fondo de pensiones que se encuentre afiliada la demandante por los periodos que van del 1 de junio hasta el 31 octubre 2021 teniendo como IBC un salario de \$1.020.000 pesos mensuales. QUINTO: ABSOLVER a la demandada las demás pretensiones incoadas en su contra, SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a la demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV” (Audiencia virtual, archivo 17 récord 19:45 expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de la DEMANDANTE asegura que de la prueba recaudada era posible inferir que laboró para el establecimiento de comercio desde que inició su funcionamiento, en el año 2005. Adicionalmente, alega que se acreditó que su retiro obedeció a un despido indirecto, y que no se hizo referencia a la deuda que tenía la demandada por salarios y propinas al terminar el contrato¹

¹ “Si señor Juez, manifiesto en este momento que hago uso de la interposición del recurso de apelación que en su momento se a bien tiene inicio con la sustentación del mismo. Fundamento, mi petición para que su sentencia emitida en la audiencia el día de hoy 26 de julio de 2023 sea revisada por el superior jerárquico, teniendo en cuenta que efectivamente, de la prueba documental aportada y en especial de los del interrogatorio de parte a la demandada, era posible inferir, lógicamente, que mi poderdante la demandante Ginna laboró para el establecimiento de comercio durante el tiempo en el cual eh inició su funcionamiento en el mismo, es decir, desde el año 2005 razón por la cual se debió haber tenido en cuenta la manifestación realizada por la demandada en el hecho de verificar que sí conocía a la demandante y que efectivamente había laborado para el establecimiento de comercio. Además de lo anterior señor juez, también propongo en la apelación que se revise lo dicho en la demanda frente a el tema del despido sin justa causa, teniendo en cuenta que efectivamente de lo mencionado tanto por la demandada como por mi poderdante en los interrogatorios de parte se estableció que efectivamente se debió a un retiro a un despido indirecto, teniendo en cuenta que por motivos de causa personal de la salud de 1 de sus hijos mi poderdante debía ausentarse durante algún tiempo, tiempo este que generó que la señora Cecilia, propietaria del establecimiento, cambiara sus formas y cambiará las maneras de desarrollar la actividad generando en mi poderdante la única opción de retirarse del establecimiento por otra parte, señor juez es preciso señalar que también se aportó en toda la documental lo referente a una a una presunta, a una deuda que tenía la empleadora con mi

Exp. 04 2022 00270 01
Ginna Paola Rojas Ramírez contra Blanca Cecilia López de Najjar

(Audiencia virtual, archivo 17 récord 21:56 expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de la DEMANDADA, se pide revocar la sentencia y se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Asegura que no se probó la prestación continua del servicio y, de todas formas, no aparecen claros los extremos del supuesto vínculo. Indica que tampoco se probó el salario que definió el juez y, de existir contrato de trabajo se desvirtuó el elemento de mala fe² (Audiencia virtual, archivo 17 récord 25:37 expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En consonancia con las materias que fueron objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS, el Tribunal debe definir: i) si se acreditó o no la existencia de un

poderdante para el momento del despido, dinero este que nunca pagó en esos anteriores términos, señor juez, dejó plasmado el recurso de apelación que interpongo y le ruego a su señoría, lo admita y le dé el trámite de ley muchas gracias, señor juez”.

² *“Gracias, señor juez. Con todo el respeto me permito interponer recurso de apelación contra su anterior decisión a fin de que el superior la revoque y en su lugar se absuelva a la parte que represento de todas y cada una de las condenas impartidas en esta audiencia empezando, señor juez, porque da como probado la existencia de una relación laboral entre el la demandante y mi defendida con extremos temporales del 1 de junio del 2021 del 31 de octubre de 2021 dentro de los requisitos o dentro de los factores que para que exista contrato de trabajo pues aparte de la prestación del servicio, hay una palabra que es clave, que es fundamental, que es la prestación continuada del servicio aquí no hay por parte alguna esa demostración que esa prestación del servicio hubiera sido continuada entre junio 1 del 2021 al 31 de octubre de 2021, aquí con la sustentación que acaba de hacer el apoderado de la parte demandada, más aún, desaparece ese extremo final cuando dice que por causa de una enfermedad de un hijo de la demandante, se ausentó del trabajo, entonces no se sabe cuándo fue el extremo final y el inicial tampoco aparece clara y contundentemente demostrada, es una casualidad, pero no está completamente demostrada como lo exige la ley para imponer condenas las pruebas en las que se debe basar la decisión eso de un lado. Otro teniendo en cuenta que el señor juez así lo recalcó y así lo encontró probado que la misma demandante dijo que ella prestaba servicios era jueves a sábado hace una manifestación del señor juez o sacan una conclusión de que ese salario debió ser \$1.020.000 por haber trabajado esos 3 días a la semana, supuestamente luego, entonces en ese caso tampoco el salario está en demostrado es importante también señor juez, tener en cuenta que para la sanción de las artículo 65, aún en puesto que hubiera existido ese contrato de trabajo en los extremos no alegados por la parte demandante hay una cuestión bastante, hice la jurisprudencia y la doctrina en cuanto al elemento de la buena fe, aquí hay una discusión absoluta sobre la existencia de ese contrato de trabajo no hay la prestación continuada, se alegó por todos los lados y la parte demandada, confesó sobre esa inexistencia o esa existencia para ellos y para nosotros la no existencia con razones claras y valederas démonos cuenta, señor juez, que ninguno de los testigos que trajo la parte demandante dan contundencia de que esa prestación de servicio y que era como lo confesó mi mandante, que no está invalidada esa confesión es que fue una relación para la explotación de un servicio sexual que mi mandante no tenía ni idea en cambio, la señora demandante, una súper ducha en ese aspecto, desde el 2005 hasta la fecha en estos factores uno por uno, controvertidos de los que el señor juez tuvo para la impartir las condenas, fundamento mi inconformidad con la sentencia y la ampliaré ante el superior muchas gracias, señor juez”.*

Exp. 04 2022 00270 01
Ginna Paola Rojas Ramírez contra Blanca Cecilia López de Najjar

contrato de trabajo entre las partes; en dado caso, i) definir el salario devengado por la demandante, y si se le adeudan salarios y propinas, y si procede el pago de ii) la indemnización por despido sin justa causa (despido indirecto) y de iii) la sanción moratoria prevista en el artículo 65.

(i) CONTRATO REALIDAD – EXTREMOS: Para resolver esta parte de la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST.

El primero define al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”. El segundo (artículo 23) dispone como elementos esenciales del contrato de trabajo: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación (facultad del empleador de impartir órdenes de trabajo en cualquier momento sobre el modo, el tiempo o la cantidad del servicio, e imponer reglamentos), y el salario. Una vez reunidos estos elementos -dice el mismo artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De ésta última norma y del artículo 24 del código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación de un *servicio personal* se presume regida por contrato de trabajo, lo que -en aplicación del artículo 167 del CGP- invierte las cargas probatorias del proceso.

En consecuencia, si el demandante en el proceso laboral reclama la existencia de un contrato de trabajo, prueba que prestó de forma continua y personal un servicio (hecho causal de la presunción), la ley *entiende* que éste se ejecutó mediante contrato de trabajo, es decir bajo subordinación, y corresponderá al demandado la carga de probar que no existió este último elemento: la subordinación.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal modificará la sentencia de primera instancia, pues las pruebas aportadas al expediente demuestran que la demandante prestó servicios personales a favor de la demandada como administradora en el establecimiento de comercio de

Exp. 04 2022 00270 01
Ginna Paola Rojas Ramírez contra Blanca Cecilia López de Najar

su propiedad, de manera continua e ininterrumpida, al menos desde el 19 de abril hasta el 15 de octubre de 2021, y conforme a ello se presume que tales servicios se ejecutaron bajo subordinación, elemento cuya existencia no fue desvirtuada por la demandada.

Al respecto y al absolver el interrogatorio de parte, la demandada³ confesó que tiempo después de la pandemia y del fallecimiento de su hijo -quien era el dueño del establecimiento de comercio-, hecho ocurrido el 17 de noviembre de 2020, la demandante le pidió que le permitiera abrir el negocio pues ella conocía bien como era el manejo, situación a la que accedió, por lo que por un lapso de aproximadamente 7 meses y medio, GINNA PAOLA ROJAS RAMÍREZ se encargó sola del establecimiento de su propiedad, de allí los mensajes de WhatsApp que fueron aportados al expediente por la demandante (folios 19 a 50, archivo 01 primera instancia) en los que ésta le hacía los reportes de ventas que reconoció como suyos. Estos mensajes fueron intercambiados por las partes entre el 19 de abril y el 15 de octubre de 2021, siendo estas las únicas fechas que aparecen probadas en el expediente.

No son útiles para acreditar la prestación del servicio en periodos distintos a los señalados: i) los registros fotográficos que militan a folios 61 a 72 y 76 a 77 del archivo 01, pues se trata de imágenes del establecimiento de comercio, de unas prendas de vestir, y de la demandante, últimas que no son prueba clara de que efectivamente hubiera laborado para la demandada, aunque aparentemente portara el uniforme del negocio, de hecho, ni siquiera es posible establecer con certeza la fecha en la que fueron capturadas las imágenes; ii) tampoco las *tarjetas de presentación* (folios 73 a 75 *ibídem*) en las que GINNA PAOLA ROJAS se identifica como administradora de OZ, porque se desconoce si fueron entregadas por la demandada, la época de su impresión, y si esa actividad efectivamente se ejecutó; iii) ni el carné que la identifica como *operaria* del “*Call Center Platinoz*” (folio 75) información que ni siquiera resulta consistente con la actividad que dijo haber desempeñado la demandante para la llamada a juicio, ni el *inventario* de folios 78 a 82, el comprobante de egreso y el recibo de caja (folio 83 *ibíd.*) pues son documentos que ninguna información ilustran sobre el particular; iv) menos aún la declaración extrajuicio No. 0432 del 20 de enero de 2021 rendida por GINNA

³ Audiencia del 17 de julio de 2023, archivo

Exp. 04 2022 00270 01

GINNA PAOLA ROJAS RAMÍREZ CONTRA BLANCA CECILIA LÓPEZ DE NAJAR

PAOLA ROJAS RAMÍREZ en la que indica que laboró para JORGE HERNANDO NAJAR CARO y BLANCA CECILIA LÓPEZ DE NAJAR como administradora de un local, *desde hace 17 años* (folios 84 y 85, archivo 01), o su interrogatorio de parte en el curso de este juicio⁴ dado el principio general del derecho que impide oponer a la contraparte las pruebas que ha creado quien reclama el reconocimiento de un derecho; v) tampoco el testimonio rendido por RICARDO RAMÍREZ HURTADO⁵ -tío de la demandante- a quien no le consta directamente la forma cómo se pudo haber ejecutado el servicio por la demandante y solo refirió que el empleador era JORGE RICARDO NAJAR LÓPEZ (Q.E.P.D.) por haber sido quien la contrató.

Probado el *servicio personal*, correspondía al extremo demandado desvirtuar la existencia de subordinación, para lo cual debía traer al proceso evidencia clara de que las labores se ejecutaron con plena *autonomía técnica y directiva*; carga que no se cumplió pues para ese efecto ningún medio de prueba se allegó.

Así las cosas se debía declarar la existencia del contrato de trabajo. No obstante, como se anunció, se modificarán los extremos definidos por el juez de primera instancia, pues en los términos analizados se encontró prueba de la prestación del servicio entre el 19 de abril y el 15 de octubre de 2021.

Procedía entonces la liquidación de los derechos laborales que se pudiesen haber causado en vigencia de la relación laboral que se declara.

ii) SALARIO: Para resolver sobre esta materia del recurso de la demandada, el artículo 127 del CST dispone, como regla general, que todo pago que reciba el trabajador como contraprestación del servicio es salario y se debe imputar en la liquidación de prestaciones sociales y demás derechos laborales.

La carga de probar cuál es el monto de lo recibido o acordado como pago a título salarial la tiene quien alega las consecuencias de su falta de pago o de su pago incompleto, en el caso que estudia la parte demandante. Así lo dispone claramente el artículo 167 del C.G.P.

⁴ Audiencia del 17 de julio de 2023, parte 3, récord 17:49 archivo 14, primera instancia.

⁵ Audiencia del 17 de julio de 2023, parte 4, récord 00:58 archivo 15, primera instancia.

Exp. 04 2022 00270 01

GINNA PAOLA ROJAS RAMÍREZ CONTRA BLANCA CECILIA LÓPEZ DE NAJAR

Con estas premisas normativas y revisado el expediente se modificará el valor tasado en la sentencia de primera instancia para las condenas, pues las pruebas oportunamente allegadas y practicadas en materia del salario devengado no dan cuenta de un monto específico que se hubiera acordado o que hubiera recibido la demandante en vigencia laboral, menos aún que este correspondiera a la suma indicada por la demandante en su escrito inicial.

Ninguno de los elementos que se incorporó al expediente dan cuenta del valor que recibió la demandante como retribución de sus servicios, ni se obtuvo confesión alguna de esta materia en el interrogatorio de parte que absolvió la demandada.

Por las mismas razones referidas atrás, no es útil en este aspecto lo dicho por la misma demandante en la demandada y el interrogatorio, estas manifestaciones carecen de valor probatorio conforme al principio general del derecho que señala que *nadie puede fabricar su propia prueba*^{6,7}.

Por lo anterior, se dispondrá tener como salario devengado por la demandante el equivalente al SMLDV (\$30.284,2⁸), en aplicación a lo dispuesto en los artículos 144 y 145 del CST^{9,10}. Así, teniendo en cuenta que el juez de primer grado estableció que la demandante solo laboraba 3 días a la semana (de jueves a sábado), lo que resulta consistente con la confesión de la demandante, su salario mensual será la suma de \$363.410,4.

⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral, Sentencia SL3981-2021 Rad. 81902 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5109-2020 Rad. 70271 M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR.

⁸ El salario mínimo del año 2021 ascendió a \$908.526

⁹ ARTÍCULO 144. FALTA DE ESTIPULACIÓN. Cuando no se haya pactado expresamente salario, se debe el que ordinariamente se paga por la misma labor, y a falta de éste, el que se fijare tomando en cuenta la cantidad y calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región.

ARTICULO 145. DEFINICIÓN. Salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural.

¹⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 3009-2017 Rad. 47044 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Exp. 04 2022 00270 01
 Ginna Paola Rojas Ramírez contra Blanca Cecilia López de Najjar

Con las precisiones anteriores y efectuados los cálculos pertinentes se obtienen los siguientes valores para las acreencias adeudadas a la extrabajadora.

Concepto	Días laborados	Salario	Valor
Cesantías	176	\$ 363.410,40	\$ 177.667,31
Intereses a las cesantías	176	\$ 363.410,40	\$ 21.320,08
Prima de Servicios	176	\$ 363.410,40	\$ 177.667,31
Compensación Vacaciones	176	\$ 363.410,40	\$ 88.833,65
TOTAL			\$ 465.488,34

En esos términos se modificará la sentencia de primera instancia.

SALARIOS Y PROPINAS ADEUDADAS. Aunque la demandante alega en la que la demandada no pagó el salario del 16 de abril de 2022, y las propinas causadas en esa semana, y la carga de probar el pago corresponde a la demandada, lo cierto es que no se probó que la relación laboral se extendiera hasta esa fecha.

iii) DESPIDO INDIRECTO. Para definir esta parte de 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, y que no puede alegar con posterioridad causas distintas. Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa de la parte a la que se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan puesto en conocimiento de la contraparte al momento de despido o de renuncia se podrán ejercer tales derechos en el proceso judicial.

Cuando es el trabajador quien termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas, ocurre lo que la doctrina denomina *despido indirecto*, y procede el pago de la indemnización correspondiente, para lo cual, a la luz de lo previsto en el artículo 167 del C.G.P., deberá probar en el proceso que alegó

Exp. 04 2022 00270 01
Ginna Paola Rojas Ramírez contra Blanca Cecilia López de Najjar

conductas concretas al empleador en el momento del retiro, que dichas conductas ocurrieron, y que constituyen una justa causa para el efecto (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL 18344 del 24 de agosto de 2016), y que fueron invocadas en la oportunidad debida para dar por terminado el contrato de trabajo (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL417 del 27 de enero de 2021 Rad. 71672).

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará también la decisión de primera instancia que negó el pago de indemnización por despido injusto, pues la demandante no acreditó que hubiera aducido a su empleador en el momento del retiro razones que constituyeran una justa causa para la terminación del contrato de trabajo.

iii) SANCIÓN MORATORIA: Finalmente para resolver sobre esta materia se debe señalar que una vez se declara la existencia de la relación de trabajo, surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos el pago del salario y las prestaciones sociales que se causaron, y en caso de que tales derechos no hayan sido pagados a la terminación del contrato surgirá la obligación del empleador de reconocer al trabajador, a título de indemnización o sanción moratoria (artículo 65 del CST), un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de lo adeudado.

Si bien dicha sanción no opera de forma automática e inexorable, pues la demora o la omisión del empleador puede estar revestida de buena fe situación que se puede derivar del entendimiento plausible, es decir con razones válidas, de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que le hagan imposible cumplir las obligaciones, tales circunstancias deben alegarse en el proceso y se deben probar claramente en el expediente¹¹.

Con este referente normativo el Tribunal confirmará la condena por sanción moratoria impuesta en la sentencia apelada, pues ninguna de estas circunstancias (entendimiento plausible o imposibilidad de pago) se alegó o

¹¹ CSJ SL 4076- 2017 *"También se ha dicho que razones válidas, no necesariamente son las que jurídicamente acoja el juez en su sentencia, o que sean las que finalmente defina la jurisprudencia o la doctrina, sino que solo basta con que ellas tengan fundamento en unos argumentos sólidos y factibles, que den un grado de certeza tal que permita llevar a la creencia fundada que se está actuando correctamente o conforme a la ley".*

Exp. 04 2022 00270 01
Ginna Paola Rojas Ramírez contra Blanca Cecilia López de Najjar

demonstró en el proceso. El desconocimiento de las normas laborales no eximen de su cumplimiento, ni justifican la omisión.

No obstante, dado que la demandante devengaba un salario promedio mensual de \$363.410,40 (por ser trabajadora por días) se condenará a la demandada, con base en el inciso primero del artículo 65 del CST, a pagar a partir del 15 de octubre de 2021 un salario promedio diario (\$12.113,68) por el tiempo que transcurra hasta cuando pague los salarios y prestaciones sociales aquí definidos en favor de la demandante.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral PRIMERO de la sentencia apelada, en los siguientes términos: DECLARAR que entre GINNA PAOLA ROJAS RAMÍREZ y BLANCA CECILIA LÓPEZ DE NAJAR existió un contrato de trabajo entre el 19 de abril de 2021 y el 15 de octubre de 2021, en el que la demandante recibió como salario promedio mensual la suma de \$363.410,40.
2. **MODIFICAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para condenar a la demandada a pagar los siguientes valores:
 - a) Cesantías \$ 177.667,31
 - b) Intereses a las cesantías \$ 21.320,08
 - c) Prima de Servicios \$ 177.667,31
 - d) Compensación Vacaciones \$ 88.833,65
3. **MODIFICAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de CONDENAR al pago de la indemnización moratoria a razón de \$12.113.68,00 por cada día que transcurra desde el 16 de octubre de 2021 y hasta cuando realice el pago efectivo de las prestaciones sociales adeudadas.

Exp. 04 2022 00270 01

Ginna Paola Rojas Ramírez contra Blanca Cecilia López de Najjar

4. **MODIFICAR** el numeral CUARTO en el sentido de indicar que el IBC para el pago de los aportes a pensión deberá corresponder al salario definido en esta sentencia.
5. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.
6. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada