

EXP. 01 2019 00350 01
Mireya Amparo Rojas Rincón Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MIREYA AMPARO ROJAS RINCÓN CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 22 de junio de 2021 por el Juez Primero (1º) 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).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a las doctoras María Juliana Mejía Giraldo, abogada inscrita a MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., y Sandra Paola Anillo Díaz, quienes se identifican con T.P. 258.258 y 271.077, para actuar como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder, el certificado de existencia y representación legal y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MIREYA AMPARO ROJAS RINCÓN presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad y/o* ineficacia del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante en abril de 1997. La anterior pretensión fue fundamentada sobre el argumento según el cual el traslado de Régimen Pensional no estuvo precedido por el suministro de una información concreta y veraz por parte de PROTECCIÓN S.A., pues dicha AFP no informó, entre otras, cómo la afectaría el traslado ni cuál sería su expectativa pensional de permanecer en dicho fondo, las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional y si bien señaló que se podría pensionar a cualquier edad y con cualquier monto pensional, omitió señalar las condiciones necesarias para ello, lo que constituye un engaño y la ausencia de una decisión libre y voluntaria. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación y se actualice su historia laboral en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros aportados, con los rendimientos, frutos e intereses, debidamente actualizados (ver demanda en los folios 2 a 10).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que éstas carecen de soporte jurídico y fáctico, por cuanto la vinculación goza de plena validez y legalidad pues se hizo de manera voluntaria, ejerciendo el derecho a la libre escogencia de régimen, y sin que existieran vicios del consentimiento, máxime cuando la actora incumplió su

deber de informarse en debida forma, si consideraba tener alguna duda antes o durante su afiliación al RAIS y, advirtió, que es improcedente su retorno al RPM pues ello contravendría lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, sin que hiciera uso en su momento del derecho de retracto ni de la posibilidad de trasladarse de régimen; por el contrario, mantuvo su afiliación al RAIS durante más de 15 años, sin manifestar inconformidad y excusándose en el desconocimiento de la Ley, lo cual es inaceptable, conforme los artículos 9 y 11 del Código Civil. Así mismo, indicó que la demandante habría incurrido en un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción e innominada o genérica* (ver contestación en los folios 75 a 84 y CD 2).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por medio de apoderado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, alegando que el traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y en las normas vigentes para la época, como lo demuestra el formulario de afiliación debidamente suscrito, el cual se presume auténtico. Además, predicó que no se demuestra omisión de información por parte de PORVENIR S.A., al momento de realizarse el traslado de régimen, sino que, por el contrario, dicha afiliación estuvo precedida por una suficiente ilustración del RAIS, sin omitir las desventajas del mismo, sin que por más de 22 años hubiera mostrado voluntad de trasladarse nuevamente al RPM. Agregó que el accionante se encuentra incurso en la restricción contenido en el artículo 13 literal e de la Ley 100 de 1993. Así mismo, no puede predicarse la ignorancia de la Ley, donde se encuentran regulados los diferentes regímenes, como causal de vicio en el consentimiento. En cuanto a los gastos de administración, solicitó que se absolviera a su representada, por cuanto – a su juicio- no existen presupuestos de hecho ni de derecho para fulminar en su contra esa pretensión y, en todo caso, constituiría un enriquecimiento sin ilícito a favor de COLPENSIONES y,

de ser el caso, deberían restituirse los frutos a su favor, en virtud de las restituciones mutuas señaladas en el artículo 1746 del Código Civil. Como excepciones de mérito formuló las siguientes: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en los folios 87 a 103 y 139 a 142 y CD 3).

Así mismo, mediante apoderado, contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Se opuso a las pretensiones contenidas en la demanda. Sustentó la anterior postura aduciendo que el contrato de afiliación celebrado cuenta con todos los elementos necesarios para predicar su existencia y validez, en tanto no existió vicio en el consentimiento, ni se ocultó información antes de la firma o al momento de la afiliación, ni hubo engaño o error provocado por los asesores comerciales de la AFP, quienes -dice- estaban debidamente capacitados y contaban con *lealtad moral* suficiente para asesorar a los potenciales clientes, al punto de efectuar proyecciones pensionales, las cuales son meramente estimativas, pues era imposible determinar con exactitud la eventual mesada pensional con la información con que se contaba para la época. Agregó que la demandante era responsable de informarse en debida forma, como lo dispone la Ley 1328 de 2009. Y, en todo caso, la variación en el monto de la mesada pensional no puede usarse ahora como razón de vicio de su consentimiento, pues ello obedece, entre otras, a las nuevas tablas de mortalidad que cambiaron las fórmulas para el cálculo pensional. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *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 a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará (sic) la nulidad y/o ineficacia de la afiliación pro falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en los folios 107 a 117 y CD 4).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de junio de 2021, mediante la cual el Juez Primero (1º) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante MIREYA AMPARO ROJAS RINCÓN, identificada con la C.C. 46.354.442, a través del fondo administrado por la sociedad demandada PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en precedencia. SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado de la señora MIREYA AMPARO ROJAS RINCÓN, identificada con la C.C. 46.354.442, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante MIREYA AMPARO ROJAS RINCÓN, identificada con la C.C. 46.354.442, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la actora, sin que le sea dable realizar descuento alguno de la cotización total realizada por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. CUARTO: DECLARAR que la demandada COLPENSIONES, puede obtener por las vías jurisdiccionales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante, en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. QUINTO: Sin costas para las partes en la presente instancia”* (CD 5 Hora 1:46:47).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la PROTECCIÓN S.A., no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios

de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por la demandante, consideró que no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS. Consideró que por no ser caprichosa la oposición de las demandadas, por tratarse de un tema que ha sido desarrollado por la jurisprudencia, no habría lugar a condenar al pago de costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. también interpuso recurso a fin de que se revoque parcialmente la condena en cuanto autorizó a COLPENSIONES a cobrar los perjuicios que llegare a *considerar*, pues en el trámite no se evidenció perjuicio alguno a la actora ni a la referida entidad, máxime cuando no obra siquiera juramento estimatorio u otra prueba al respecto; por el contrario, se evidenció que la gestión de la AFP efectuó una buena gestión de la cuenta de ahorro individual con la generación de altos rendimientos. En consecuencia, considera que no es esta jurisdicción la que estime tales perjuicios, sino la jurisdicción civil (CD 5 Hora 1:49:02).

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a las demandadas. Afirmó que dentro del expediente no obra prueba que demuestre la existencia de un vicio en el consentimiento de la demandante al momento de efectuar el traslado de Régimen Pensional, el cual se realizó de manera libre y voluntaria, así como tampoco se evidenció en el interrogatorio de parte rendido interés alguno de su parte para informarse ante el ISS o con el asesor de la AFP al momento del traslado y, por el contrario, su intención de permanencia se evidenció con sus más de 20 años de afiliación y cotizaciones al RAIS. Así mismo, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, limitación establecida con miras a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones. Por último, resaltó que las proyecciones pensionales no son

pruebas útiles para probar un eventual vicio, máxime cuando la obligación de proporcionar las mismas nació con el Decreto 2071 de 2005 (CD 5 Hora 1:51:10).

En el recurso, la apoderada de PORVENIR S.A. pidió que se revoque la condena como quiera que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria, sin que para la época del traslado fuera exigible a la administradora entregar información por escrito, adicional a lo señalado en el formulario de afiliación, máxime cuando es clara su voluntad de permanencia en el RAIS, al encontrarse afiliada por más de 23 años, traslados horizontales y confesó en interrogatorio de parte que conocía que sus aportes irían a una cuenta de ahorro individual, así como las condiciones para pensionarse en el RPM. Así mismo, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 y su inconformidad se centra únicamente en el monto de la mesada pensional, lo cual no puede considerarse un vicio en el consentimiento al momento del traslado, pues su cálculo se efectúa al momento de reunir los requisitos legales para ello. De otro lado, considera que no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, pues estos descuentos se efectúan de conformidad con la Ley 100 de 1993 y cumplieron su cometido durante la vinculación al ser debidamente invertidas al generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante y, en todo caso, son susceptibles de prescribir, al no encontrarse destinados al reconocimiento pensional. Por último, considera que no hay lugar al pago de perjuicios contenido en la sentencia, como quiera que no fueron solicitados en la demanda ni aparecen en los hechos de la misma, teniendo que, en todo caso, los mismos deberían estar debidamente tasados en la decisión (CD 5 Hora 1:58:20).

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 a la afiliada 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 cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 35 años de edad y había cotizado 287,14 semanas¹; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años 2 meses y 20 días); y para la fecha de presentación de la demanda había superado la edad mínima necesaria para obtener la pensión de vejez (tenía 57 años – ver folios 22 y 52).

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 ^{2 3}, según

¹ Ver Historia Válida para Bono Pensional emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – OBP e Historia laboral expedida por COLPENSIONES (folio 40 y Expediente Administrativo CD 2).

² Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia*”.

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

el cual, se debe 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 a la afiliada, 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de

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”.

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) 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 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*” (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 ineficaz el traslado de régimen pensional de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues 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*”. Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que su afiliación se dio al momento de ingresar a trabajar como médica general en Colsubsidio y que debía afiliarse a una AFP, siendo PROTECCIÓN S.A. la única que se encontraba presente, y existía el rumor de que el ISS no le podría asegurar su pensión, aun cuando entonces

no tenía claro de qué se trataba dicha prestación, el asesor de la AFP se limitó a llenar los formatos, sin brindar información completa sobre los regímenes pensionales, pues sólo le indicaron que se podría pensionar antes y que tendría una cuenta a su nombre, sin mencionar las condiciones necesarias para pensionarse. Así mismo, tampoco confesó haber recibido asesoría adicional al momento del traslado horizontal efectuado a la AFP PORVENIR S.A., la cual se dio en las mismas circunstancias, esto es, al firmar un nuevo contrato de trabajo (CD 5 Min. 26:52).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación del acto inicial por el paso del tiempo, o por el posterior traslado entre fondos pensionales: la afiliación inicial de la demandante al RAIS operó con el traslado de régimen en mayo de 1997 a PROTECCIÓN S.A. y, posteriormente, se trasladó en septiembre de 1999 a PORVENIR S.A., AFP a la que se encuentra actualmente afiliada (ver formularios de afiliación a folios 36, 118 y en el CD 3).

Frente al recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. procedan a la devolución de la totalidad de lo descontado por concepto de gastos de administración, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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).

Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1995 este porcentaje hace parte de los gastos de administración, cuya devolución ordenó el juez de primera instancia.

Así mismo, se confirmará la sentencia de primera instancia que declaró que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen 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 incurrieron los fondos de pensiones. En dicha declaración no se están tasando los perjuicios. Se deja en claro la responsabilidad que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado en los Fondos de Pensiones y el deber consecuente que tienen éstos de acudir a su reparación, previa decisión judicial, en la cual se defina su monto, para lo cual la administradora del RPM deberá adelantar las acciones pertinentes una vez se concrete.

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía el juez definir sobre esta materia por ser una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

DECISION

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

RESUELVE

EXP. 01 2019 00350 01

Mireya Amparo Rojas Rincón Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

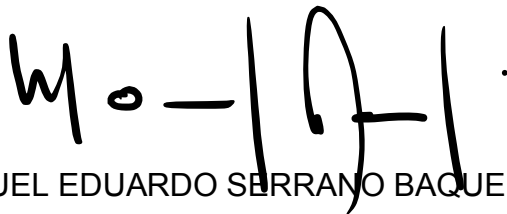
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 04 2020 00194 01
Gloria Cecilia Garzón Cubillos Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GLORIA CECILIA GARZÓN CUBILLOS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la 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, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 31 de mayo de 2021 por el Juez Cuarto (4) 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).

Téngase a la doctora Olga Bibiana Hernández Téllez, quien se identifica con T.P 228.020, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en los términos y para los fines del poder conferido. Así mismo, téngase a la doctora

Johana Alexandra Duarte Herrera, identificada con T.P. 184.941, para actuar como apoderada de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, GLORIA CECILIA GARZÓN CUBILLOS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad o* ineficacia del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante el 1 de noviembre de 1998. La anterior pretensión fue fundamentada sobre el argumento según el cual el traslado de Régimen Pensional no estuvo precedido por el suministro de una información suficiente, amplia y oportuna por parte de COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., pues dicha AFP no informó, entre otras, cómo podría acceder a alguna de las modalidades pensionales de dicho régimen, pues se limitó a manifestar que podría pensionarse a cualquier edad con una mesada superior al RPM, así como que el ISS se iba a acabar, lo que constituye un engaño y la ausencia de una decisión libre y voluntaria (ver demanda en el archivo 1 folios 4 a 36 del expediente digital).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda por medio de apoderada. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, alegando que el traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y en las normas vigentes para la época. Además, predicó que no se demuestra omisión de información por parte de la PROTECCIÓN S.A. al momento de realizarse el traslado de régimen, sino que, por el contrario, dicha afiliación estuvo precedida por una suficiente ilustración

del RAIS, sin que en ningún momento la afiliada hubiera mostrado voluntad de trasladarse nuevamente al RPM. Así mismo, no puede predicarse la ignorancia de la Ley, donde se encuentran regulados los diferentes regímenes, como causal de vicio en el consentimiento. Sobre la condena en costas y los gastos del proceso, solicitó que se absolviera a su representada, por cuanto – a su juicio- no existen presupuestos de hecho ni de derecho para fulminar en su contra esa pretensión. Como excepciones de mérito formuló las siguientes: *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 demanda en el archivo 7 folios 186 a 227 del expediente digital).

También contestó la demanda SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. mediante apoderado. Solo se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que su representada siempre ha realizado las afiliaciones y los actos jurídicos relacionados con dicho procedimiento de forma legal, con base en los parámetros establecidos y la normatividad que regula a las AFP. Sobre las demás pretensiones, no ejerció pronunciamiento ni oposición, pues consideró que estaban dirigidas a personas jurídicas ajenas a su representada. Sumado a lo anterior, afirmó que su deber de información se limitaba a reafirmar lo que ya sabía la demandante debido a su previo traslado de régimen. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y genérica* (ver demanda en el archivo 10 folios 298 a 332 y archivo 16 folios 493 y 494 del expediente digital).

Así mismo, mediante apoderado, contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Sustentó la anterior postura aduciendo que el contrato de afiliación celebrado cuenta con todos los elementos necesarios para predicar su existencia y validez, en tanto no existió vicio en el consentimiento, ni se ocultó información antes de la firma o al momento de la afiliación, ni hubo engaño o error provocado por los asesores

comerciales de la AFP, quienes -dice- estaban debidamente capacitados. Respecto a las demás pretensiones, relativas a otras personas jurídicas, no ejerció oposición alguna. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima 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 e innominada o genérica* (ver demanda en el archivo 11 folios 378 a 405 del expediente digital).

A su vez, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que éstas carecen de soporte jurídico y fáctico, por cuanto la vinculación goza de plena validez y legalidad pues se hizo de manera libre y voluntaria, ejerciendo el derecho a la libre escogencia de régimen, y sin que existieran vicios del consentimiento (por error, fuerza o dolo), y advirtió que es improcedente el retorno de la demandante al RPM pues ello contravendría disposiciones de carácter legal e implicaría la descapitalización del sistema afectando el principio constitucional de sostenibilidad financiera. Agregó que la demandante no acreditó la densidad de semanas necesarias para ser beneficiaria del régimen de transición, establecido en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, razón por la que COLPENSIONES se acogería a lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 130 de 2013, donde se precisó el alcance del traslado entre regímenes pensionales y la recuperación de los beneficios del régimen de transición o de las prestaciones a cargo del RPM. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, 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), falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica (ver demanda en el archivo 12 folios 439 a 459 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 05 de marzo de 2021, mediante la cual el Juez Cuarto (4) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de GLORIA GARZÓN CUBILLOS a COLMENA, hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., suscrita el 1 de noviembre de 1998, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus correspondientes rendimientos, incluidos gastos de administración y comisiones. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida. CUARTO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones que hubiese recibido de la actora. En consecuencia, se conmina a Colpensiones a que adelante las gestiones pertinentes para tal efecto. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las partes demandadas. SEXTO: CONDENAR en costas a las demandas AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. Fijense las agencias en derecho así: doscientos mil pesos (\$200.000) a cargo tanto de PROTECCIÓN como de PORVENIR y quinientos mil pesos*

(\$500.000) a cargo de SKANDIA. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada esta decisión por COLPENSIONES envíese al Tribunal Superior de Bogotá sala laboral en grado jurisdiccional de consulta". (Audiencia virtual del 31 de mayo de 2021 Hora 1:57:38).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP PROTECCIÓN S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, el Juez consideró que en este caso no obra ningún medio probatorio de convicción que brinde certeza y veracidad sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada por parte de PROTECCIÓN S.A., lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a esta AFP. Igualmente, afirmó que no existe prueba alguna respecto a la información suministrada por las demás AFP al momento de realizar los múltiples traslados horizontales, cuya carga probatoria les corresponde, como quiera que lo señalado en la demanda corresponde a una negación indefinida, la cual no requiere prueba, conforme lo dispuesto en el CGP. Sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por la demandante, consideró que no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada. Afirmó que dentro del expediente no obra prueba que demuestre la existencia de un vicio en el consentimiento de la demandante al momento de efectuar el traslado de Régimen Pensional, así como tampoco se evidenció en el interrogatorio de parte rendido. También

argumentó que el presente caso versa sobre un error de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir en la ineficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, el cual se ratificó con el paso del tiempo. Así mismo, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 13 literal 3 de la Ley 100 de 1993. Concluyó su intervención haciendo alusión a la necesidad de aplicar el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones (Audiencia virtual del 31 de mayo de 2021 Hora 1:59:06).

Por su parte, la apoderada de PROTECCIÓN S.A. pide que se absuelva a esta AFP de lo dispuesto en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia, por cuanto hubo una administración diligente de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues no procede la devolución de dineros que en todo caso se hubieran descontado en el RPM. Así mismo, consideró que, aunque se haga la ficción de que nunca existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras por las cuales su representada cobró unas comisiones de administración legalmente permitidas, razón por la que es improcedente la devolución de tales comisiones, pues la conclusión contraria sería que no existieran los rendimientos financieros referidos. Sostuvo que al ordenarse la devolución de los dineros descontados por comisión de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de su representada, sin pagar por dicha gestión. En un mismo sentido, tampoco procede la devolución de los gastos destinados a los seguros previsionales, pues los mismos se descuentan por obligación legal y tienen una destinación específica, por lo que tales dineros ya no se encuentran en cabeza de dicha administradora (Audiencia virtual del 31 de mayo de 2021 Hora 2:01:15).

En el recurso de PORVENIR S.A., el apoderado pide que revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y se le absuelva de las pretensiones incoadas. Afirma que la demandante conocía las consecuencias

de su traslado de conformidad con las normas legales vigentes para la época, en cuanto a beneficios y características, lo cual se pudo evidenciar en el interrogatorio de parte. Así mismo, advierte que no le son oponibles a su representada las consecuencias de un acto en el que no participó, pues el traslado inicial se dio con otra entidad y, en cambio, los múltiples traslados horizontales efectuados por la demandante dan cuenta de su voluntad de mantenerse en dicho régimen, como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, situación que también confesó en interrogatorio de parte, pues indicó que no tenía voluntad de trasladarse al RPM con anterioridad a la presentación de la demanda. Además, afirma que no es posible devolver la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual de los demandante en los términos definidos en la sentencia de primera instancia, pues sobre los aportes se han ido descontando para cubrir las coberturas de los riesgos de invalidez y muerte, y los gastos de administración que permiten generar rendimientos sobre los aportes pensionales, y por ello, considera que para poder retornar los gastos de administración se le debería retornar al fondo privado los rendimientos que se generaron durante su administración (Audiencia virtual del 31 de mayo de 2021 Hora 2:09:10).

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 cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 37 años de edad y había cotizado 262,14 semanas¹; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año 11 meses y 19 días); y para la fecha

¹ Historia laboral expedida por COLPENSIONES S.A. (archivo 12 folios 482 a 487 y en el expediente administrativo).

de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión de vejez (tenía 59 años – ver archivo 1 folios 73 y 151 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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{2 3}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de*

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

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

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

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. En ese sentido, 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, en ese momento, 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) 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 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” (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 ineficaz el traslado de régimen

pensional de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener 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 pues indicó que el día en que recibió la asesoría grupal ofrecida por el personal de COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. -en el año de 1998- le hicieron una descripción de las desventajas de quedarse en el Instituto Seguros Sociales, las cuales versaban sobre su supuesta desaparición; mientras que, como ventajas, le predicaban una eventual mesada pensional superior a la que obtendría en el RPM, la posibilidad de pensionarse a cualquier edad o la posibilidad para “*retirar la bolsa*” de aportes, sin indicarle las condiciones necesarias para ello. Relató que los múltiples traslados horizontales obedecieron a las constantes visitas de asesores comerciales de las diferentes AFP a su lugar de trabajo, pero en ninguno admitió haber recibido una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 31 de mayo de 2021 Min. 26:37).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un “*saneamiento*” la ratificación del acto inicial por el paso del tiempo, o por

posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial de la demandante al RAIS operó con el traslado de régimen en noviembre de 1998 a COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. y, posteriormente, se trasladó en febrero de 2001 a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., en febrero de 2002 a COLFONDOS S.A., en agosto de 2004 a PORVENIR S.A., y en febrero de 2006 a SKANDIA S.A., AFP a la que se encuentra actualmente afiliada (ver Historia Laboral expedida por SKANDIA S.A. en el archivo 1 folios 74 a 83 del expediente digital).

Frente al recursos de apelación parcial interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y lo señalado en el recurso de PORVENIR S.A. también se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía el juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales

EXP. 04 2020 00194 01

Gloria Cecilia Garzón Cubillos Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.

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.

COSTAS en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió los fondos de pensiones.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



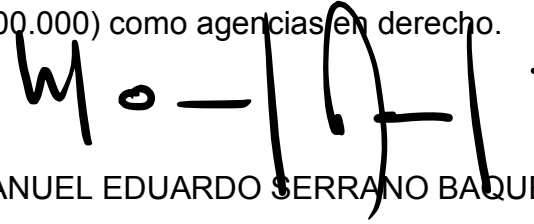
MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 04 2020 00194 01

Gloria Cecilia Garzón Cubillos Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - M - H' with a period at the end.

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 LABORAL DE LUIS ENRIQUE ALDANA GARCÍA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia dictada el 3 de junio de 2021 por la Juez Sexta (6°) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar el incremento del 14% del SMLMV en la pensión del actor por cónyuge cargo.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS ENRIQUE ALDANA GARCÍA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, sobre la pensión de vejez que reconoció a su favor el ISS, hoy COLPENSIONES. Lo anterior, teniendo en cuenta que está casado con BÁRBARA CHOCONTA GÓMEZ y cumple los requisitos de convivencia y dependencia económica (ver demanda en folios 3 a 10 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones incoadas con fundamento en la improcedencia del reconocimiento de los incrementos pensionales a la luz de lo establecido en la sentencia de unificación SU-140 de 2019, lo cual implica que los incrementos pensionales señalados dejaron de existir a partir del 1° de abril de 1994, sin perjuicio de quienes hubieran adquirido el derecho antes de dicha data. Propuso como excepciones las siguientes: *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada* (folios 30 a 36 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia de 3 de junio de 2021, a través de la cual la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar el incremento del 14% del SMLMV en la pensión del actor por cónyuge cargo. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“ABSOLVER a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. SIN COSTAS en sede de esta instancia”* (CD 2, audiencia virtual, minuto 9:04).

Para tomar su decisión, la juez de primera aplicó la jurisprudencia de unificación que dictó la Corte Constitucional (SU-140 de 2019), en la cual se concluye que los incrementos pensionales establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 fueron derogados y dejaron de existir con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para las personas que cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de vejez con posterioridad al 1° de abril de 1994, como sucede en el caso bajo estudio.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haber sido apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del CPT y SS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la calidad de pensionado del demandante, hecho que se acredita –además- con la copia de la Resolución No 1282 de 21 de enero de 2011 mediante la cual el ISS, hoy COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez a partir del 22 de febrero de 2010, en la suma de \$578.695 mensuales, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición (ver folios 11 a 13 del plenario).

Para resolver lo pertinente el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 ordenó que las pensiones de invalidez por riesgo común y de vejez se incrementen *“un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario*¹, y si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entendía la vigencia de dicha norma (sentencias de 27 de julio de 2005, Rad. 21517 MP Isaura Vargas Díaz y Jaime Moreno García, y 5 de diciembre de 2007, Rad 29751. MP Luis Javier Osorio López), LO CIERTO es que reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia SU-140 de 2019), órgano competente para decidir sobre vigencia y exequibilidad de las normas legales, dispuso que los incrementos previstos en el decreto 758 de 1990 **sí fueron derogados** por la Ley 100 de 1993. Esa Corporación concluyó en la sentencia referida (SU-140 de 2019, con ponencia de la Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER), lo siguiente: *“los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de*

¹ ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993” por ello, “salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005”.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no podía causarse por falta de supuesto normativo, pues estos fueron derogados y solo procederían para pensiones causadas antes del 1° de abril de 1994 al amparo del Acuerdo 049 de 1990, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia que absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas.

En mérito de 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 la CONSULTA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUZ MARÍA JANETH TORRES DE BELTRÁN
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA NACIÓN – EL
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, como litisconsorte
cuasinecesario.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de ésta última entidad a la sentencia dictada el 13 de mayo de 2021 por la Juez Primera (1ª) Transitoria 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).

Téngase por reasumido el poder por la doctora Andrea Del Toro Bocanegra, quien se identifica con T.P. 99.857, apoderada principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a las doctoras Claudia Liliana Vela y

Linda Vannesa Barreto Santamaría, quienes se identifican con T.P. 123.148 y 280.300, para actuar como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ MARÍA JANETH TORRES DE BELTRÁN presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad* del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante a partir del 1 de noviembre de 1999. Afirma que el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de información suficiente, amplia y oportuna por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., pues ésta indicó que se podría pensionar en un tiempo menor y con una mayor mesada pensional a la del RPM y que el ISS se iba a acabar, en tanto que no informó, entre otras, que perdería el régimen de transición que la cobijaba. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación de la demandante en COLPENSIONES sin solución de continuidad y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual y el pago de intereses a cargo de las demandadas, por la mora en aceptar su traslado (ver demanda en el archivo 01 folios 5 a 20 y 154 a 170 del expediente digital).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones en su contra, pues no se demuestra omisión de información al momento de realizarse el traslado de régimen, sino que, por el contrario, dicha afiliación estuvo precedida por una suficiente ilustración de las características y diferencias entre el RPM y el

RAIS, como lo plasmó la demandante con su firma en el formulario de afiliación. Resaltó que la afiliada ha faltado a su deber de informarse, en tanto que la ignorancia de la Ley no excusa de su obediencia. Formuló la excepción previa de *falta de integración del litisconsorcio necesario* y como excepciones de mérito formuló las siguientes: *prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en el archivo 01 folios 182 a 196 del expediente digital).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que obran el expediente pruebas suficientes para entender que se brindó información adecuada a la demandante al momento del traslado y no se encuentra acreditado vicio alguno en su consentimiento. Afirmó que conforme al artículo 2 literal e de la Ley 797 de 2003, no es posible trasladar al demandante, por faltarle menos de 10 años para alcanzar la edad mínima para pensionarse por vejez. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación en el archivo 01 folios 226 a 250 del expediente digital).

Por medio de auto dictado en audiencia del 20 de noviembre de 2019 esta Sala dispuso la vinculación del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, en calidad de litisconsorte cuasinecesario (archivo 05).

Una vez notificada, mediante apoderada, contestó la demanda LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO– OFICINA DE BONOS PENSIONALES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar

que no se acreditó omisión de información al momento de realizarse el traslado de régimen y, por el contrario, la demandante ha realizado actuaciones posteriores que denotan su intención de mantenerse afiliada al RAIS. Resaltó que la afiliada ha faltado a su deber de informarse, en tanto que la ignorancia de la Ley no excusa de su obediencia. Informó que como afiliada del RAIS tenía derecho a que la emisión de un Bono Pensional Tipo A modalidad 2, cuya redención normal tuvo lugar el 10 de marzo de 2015 y cuyo pago se realizó mediante la Resolución No. 13873 del 25 de marzo de 2015, complementado mediante Resolución No. 17794 del 21 de marzo de 2018. Además, señaló que la emisión del bono pensional solo procede cuando el beneficiario previamente haya manifestado por escrito a la AFP la aceptación de la liquidación de su bono pensional, y considera que en el evento en el que se accedan a las pretensiones de la parte actora, el actor o la AFP deben reintegrar a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y a COLPENSIONES, los valores reconocidos por concepto de bono pensional tipo A, reintegro que debe efectuarse debidamente actualizado desde la fecha de pago hasta la fecha en el que se haga el respectivo reintegro, de conformidad con lo establecido en el inciso 2°, artículo 17 del Decreto 3798 de 2003. Propuso como excepciones: *pago de la diferencia del cálculo establecido en la sentencia SU-062 de 2010 y reintegro de los valores pagados por concepto de bono pensional* (ver contestación en el archivo 01 folios 285 a 310 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de mayo de 2021, mediante la cual la Juez Primera (1ª) Transitoria 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora LUZ MARÍA JANETH TORRES DE BELTRÁN, identificada con C.C 41.661.635, del régimen de Prima Media con Prestación administrado por la COLPENSIONES al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR, realizado el día 8 de septiembre de 1999 conforme a lo*

considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante LUZ MARÍA JANETH TORRES DE BELTRÁN, identificada con C.C. 41.661.635, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y PORVENIR (sic) a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ MARÍA JANETH TORRES DE BELTRÁN, identificada con C.C. 41.661.635, como cotizaciones, aportes adicionales, valor de bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, así como a LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de las peticiones planteadas en el libelo inicial. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las COLPENSIONES y PORVENIR y a favor del demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES". (Audiencia virtual archivo 16 del expediente digital, Min. 43:52).

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

en este caso no obra ningún medio probatorio que brinde certeza y veracidad sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP. Sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por la demandante, consideró que no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS. En cuanto al bono pensional, consideró que el mismo debe trasladarse a COLPENSIONES, pues son dineros que ya se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de PORVENIR S.A. pide que revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y se le absuelva de las pretensiones incoadas. Afirma que la inconformidad de la demandante se centra en la liquidación de su mesada pensional, la cual no era previsible al momento de la afiliación, pues la misma varía en cada uno de los regímenes, según las características que los gobiernan, cuyo conocimiento afirmó la demandante haber comprendido al suscribir el formulario de afiliación. Además, en caso de confirmar la decisión, considera que no es procedente la devolución de los gastos de administración y todos los valores recibidos con destino a COLPENSIONES, pues estos remuneran la gestión del fondo, la cual llevó a aumentar los valores de los aportes, lo cual no habría ocurrido en el RPM, por lo que solo sería procedente la devolución de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado (Audiencia virtual archivo 16 del expediente digital, Min. 47:04).

La apoderada de COLPENSIONES en recurso pide que se revoque en su totalidad la sentencia dictada en primera instancia. Para el efecto, considera que la información dada por las administradoras fue la vigente para el momento del traslado y, advirtió, que las decisiones judiciales que se están tomando en esta materia afectan el principio de sostenibilidad financiera del

Sistema, máxime si se tiene en cuenta que la actora no fue solidaria con el RPM. Además, manifestó que no se puede hablar de que para el momento de la afiliación un régimen sea mejor que el otro, pues se podían hacer aportes voluntarios para incrementar el monto de la prestación. Agregó que dicha entidad actuó de buena fe en cumplimiento de la prohibición legal que le impedía aceptar el traslado, por lo que se le debe exonerar de las costas procesales. Por último, manifestó que, en caso de confirmar la decisión, se ordene el traslado de todos los fondos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante a dicha entidad, incluyendo, entre otros, la anulación del bono pensional (Audiencia virtual archivo 16 del expediente digital, Min. 47:04).

La apoderada de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, pese a su absolución, pidió en su recurso que se revoque parcialmente la decisión en cuanto, previo al traslado de aportes contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, debe ordenarse la devolución del valor del bono pensional reconocido por dicha entidad pues el mismo sólo procede para la financiación de la prestación pensional en el RAIS, la cual no resultaría procedente al efectuarse el traslado al RPM administrado por COLPENSIONES, en virtud de la declaratoria de ineficacia de traslado dispuesta en el fallo (Audiencia virtual archivo 16 del expediente digital, Hora 1:02:21).

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 cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 39

años de edad y había cotizado 835,29 semanas¹; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 10 años, 7 meses y 8 días cotizados); y para la fecha de presentación de la demanda ya había superado la edad mínima necesaria para adquirir la pensión de vejez (tenía 63 años – ver archivo 01 folios 1 y 21 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 ^{2 3}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

¹ Historia laboral válida para bono pensional, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Archivo 01 folios 218, 337 y 338 del expediente digital).

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

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

³ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada 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 pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, 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, en ese momento, 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) 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 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*” (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 ineficaz el traslado de régimen pensional del demandante, pues PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener 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 pues indicó que el día en que su traslado obedeció a las reiteradas visitas que recibió de asesores de PORVENIR S.A. -en el año de 1999- quienes, insistieron en una descripción mínima de las desventajas de quedarse en el Instituto Seguros Sociales, las cuales versaban sobre su inminente desaparición y la pérdida de aportes de sus afiliados y en cambio en el RAIS obtendría ventajas en cuanto a rendimientos, poderse pensionar antes de la edad y con una mesada superior, sin darle una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (Audiencia virtual archivo 15 del expediente digital, Min. 21:38).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación del acto inicial por el paso del tiempo.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido la Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

En cuanto al bono pensional tipo A, se adicionará la sentencia en el sentido de indicar que procede su anulación de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.16.7.18 inciso 2º del Decreto 1833 de 2016, y se dispondrá la devolución de su valor al emisor, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de manera indexada.

Conociendo en consulta se adicionará 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, y para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, de ser el caso, la devolución de la cuota parte representada en el cupón de bono pensional en caso de que haya pagado suma alguna a favor del actor por dicho concepto, en calidad de contribuyente del bono pensional, dada su anulación. Esto no quedará en la parte resolutive de la decisión, pues además de que no fue objeto de apelación, no se aportó prueba o Resolución que soporte el pago de dicha cuota por parte de COLPENSIONES (ver datos del cupón en el archivo 01 folios 204 a 208 del expediente digital).

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para ORDENAR la anulación del bono pensional tipo A y ordenar a PORVENIR S.A. la devolución de su valor al emisor, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.
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** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EXP. 07 2018 00657 02

Luz María Janeth Torres de Beltrán Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

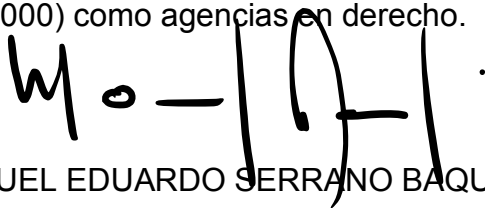
Magistrado



MARLENY RUEDA VOLARTE

Magistrada

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



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 OLGA ESPERANZA CASTRO PAREDES
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la sentencia dictada el 24 de mayo de 2021 por la Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, OLGA ESPERANZA CASTRO PAREDES presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad* o, en subsidio, la *nulidad* e ineficacia del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante en el 6 de octubre de 1999. La anterior pretensión fue fundamentada sobre el argumento según el cual el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de una información veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible por parte de

COLFONDOS S.A., pues esta AFP omitió indicar las consecuencias de su traslado, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, cuáles eran los requisitos para pensionarse en cada uno de ellos y cuál sería su expectativa pensional por medio de una proyección del valor de la mesada, indemnización sustitutiva ni la devolución de saldos, en caso de no poder acceder a una pensión. Además, en proyecciones efectuadas en 2018, la AFP informó un valor de mesada muy inferior a la que obtendría en el RPM. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos, *bonos y/o títulos pensionales* (ver demanda en los folios 59 a 68).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, por considerar que el traslado se presume realizado de manera libre y válida, hasta que se pruebe lo contrario en desarrollo del trámite judicial, sin que pueda escudarse en la ignorancia de la Ley como vicio del consentimiento, pues era su responsabilidad indagar sobre los beneficios de la norma cuya aplicación persigue. Afirmó que conforme al artículo 2 literal e de la Ley 797 de 2003, no es posible trasladar a la demandante. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación e innominada o genérica* (ver contestación en los folios 76 a 90).

Así mismo, mediante apoderada, contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la afiliación se hizo efectiva de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario correspondiente y su representada brindó información objetiva, incluyendo cálculos comparados e información sobre

ventajas y desventajas de cada régimen a través de personal idóneo y debidamente capacitado, sin ningún tipo de sugestión al pánico. Agregó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y, en todo caso, la decisión de permanecer afiliada al RAIS es tan clara, que no hizo uso de la figura de retracto ni tomó la decisión de retornar al RPM durante más de 20 años de afiliación a dicha entidad. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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 en los folios 135 a 152).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de mayo de 2021, mediante la cual la Juez Novena (9) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante OLGA ESPERANZA CASTRO PAREDES, entre el RPM administrado por el entonces ISS, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al RAIS administrado por COLFONDOS, el 8 de septiembre de 1999. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora OLGA ESPERANZA CASTRO PAREDES, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia*

laboral de la demandante las correspondientes semanas, de acuerdo con lo motivado. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones. QUINTO: Las COSTAS serán a cargo de COLFONDOS. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a 1 SMLMV de acuerdo con lo motivado. SEXTO: Remítase este asunto ante la Sala de Laboral del Tribunal de Bogotá para que se surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS” (CD 2 Min. 41:31).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS 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. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP. Sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por la demandante, consideró que lo único que se puede extraer es que para le época tenía la profesión de abogada, lo cual resulta insuficiente, de lo cual no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia. Afirmó que dentro del expediente no obra prueba que demuestre la existencia de un vicio en el consentimiento del demandante al momento de efectuar el traslado de Régimen Pensional, sin que la diferencia en la mesada

pensional que tendría actualmente dé cuenta de un engaño, sino de un descuido o desinterés de la actora, quien continuó cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria. Agregó que la demandante no tenía ninguna expectativa legítima ni era beneficiaria del régimen de transición, por lo que no resulta procedente su traslado conforme a la sentencia SU-130 de 2003 (CD 2 Min. 43:20).

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 cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 39 años de edad y había cotizado 192,86 semanas al ISS¹ y 6 años 3 meses y 18 días de aportes a la Caja de Previsión Social Distrital²; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 5 años 6 meses y 18 días cotizados)³; y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido la edad mínima de pensión de vejez (tenía 58 años – ver folios 3 y 69).

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 Ver historia laboral actualizada emitida por COLPENSIONES (folios 28 a 30, 115 a 121 y CD 1).

² Ver certificado de información laboral expedido por el Instituto de Desarrollo Urbano (folios 24 a 27).

³ *Ibídem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4 5}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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*”.

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. En ese sentido, 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, en ese momento, 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) *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 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”* (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 ineficaz el traslado de régimen pensional de la demandante, pues COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener 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 pues indicó que su traslado obedeció a la visita grupal que recibió de asesores de varios fondos de pensiones, entre ellos COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS -en el año de 1999- quienes en un tiempo limitado le indicaron que el ISS se acabaría por lo que corrían riesgo de permanecer vinculados a éste y era necesario que seleccionaran una AFP para trasladarse, en ninguna forma recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (CD 2 Min. 12:25).

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* del acto la ratificación tácita por el paso del tiempo.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los

gastos de administración y 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). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido la Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía la Juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta, se adicionará 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.

SIN condena en COSTAS en esta instancia.

DECISION

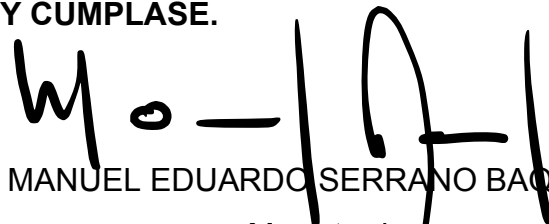
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

EXP. 09 2019 00119 01

Olga Esperanza Castro Paredes Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra.

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió los fondos de pensiones.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 12 2020 00093 01
Nidda Amparo Flórez Moreno Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE NIDDA AMPARO FLÓREZ MORENO CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la sentencia dictada el 14 de julio de 2021 por el 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 apoderada, NIDDA AMPARO FLÓREZ MORENO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad* o, en subsidio, la ineficacia o *invalidéz* del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante en el mes de mayo de 1997. La anterior pretensión fue fundamentada sobre el argumento según el cual el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de una información adecuada y completa por parte de COLFONDOS S.A., pues esta

AFP omitió indicar las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, cuáles eran los requisitos para pensionarse en cada uno de ellos y cuál sería su expectativa pensional por medio de una proyección del valor de la mesada. Además, en proyecciones efectuadas en 2019, la AFP le informó que a los 60 años tendría un valor de mesada muy superior en el RPM respecto de la que le correspondería si se pensionara en dicha entidad. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual (ver demanda en archivo 1 folios 2 a 26 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, por considerar que el traslado se presume realizado de manera libre y válida, hasta que se pruebe lo contrario en desarrollo del trámite judicial, sin que pueda escudarse en la ignorancia de la Ley como vicio del consentimiento, pues era su responsabilidad indagar sobre los beneficios de la norma cuya aplicación persigue. Afirmó que conforme al artículo 2 literal e de la Ley 797 de 2003, no es posible trasladar al demandante. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 1 folios 113 a 124 del expediente digital).

Así mismo, mediante apoderado, contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la afiliación se hizo efectiva de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario correspondiente y su representada brindó información objetiva, incluyendo cálculos comparados e información sobre ventajas y desventajas de cada régimen a través de personal idóneo y debidamente capacitado. Agregó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y, en todo caso, la decisión de permanecer afiliada al RAIS es tan clara, que no hizo uso de la figura de retracto ni tomó la decisión de retornar al RPM durante más de 20 años de afiliación a dicha entidad. En

su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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 en archivo 1 folios 149 a 162 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de julio de 2021, mediante la cual el 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante NIDDA AMPARO FLÓREZ MORENO al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1 de mayo de 1997, a través de la afiliación con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme lo expuesto. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante señora NIDDA AMPARO FLÓREZ MORENO al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme lo expuesto. TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora NIDDA AMPARO FLÓREZ MORENO como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS con motivo de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación de la señora de NIDDA AMPARO FLÓREZ MORENO al*

régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva. SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la cantidad \$2'000.000. SÉPTIMO: CONSULTAR la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial Bogotá, por lo expuesto” (Audiencia virtual del 14 de julio de 2021 video 4 Min. 30:26).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS 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. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP. Sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por la demandante, consideró que no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la demandada COLPENSIONES, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, como lo dispone el artículo 69 del CPTSS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, las normas de la Ley 100 de 1993 –modificada por la Ley 797 de 2003–, dispusieron 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 cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas, que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 36 años de edad y había cotizado 343,57 semanas¹, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años 10 meses y 24 días cotizados), y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido la edad mínima de pensión de vejez (tenía 58 años – ver archivo 1 folios 32 y 107 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 ^{2 3}, según

¹ Ver historia laboral actualizada emitida por COLPENSIONES (archivo 1 folios 140 a 142).

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

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

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

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

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

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”.

(iv) 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 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”* (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 ineficaz el traslado de régimen pensional de la demandante, pues COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener 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 pues indicó que su traslado obedeció a la visita grupal que recibió de asesores de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS -en el año de 1997- quienes en un tiempo limitado le indicaron que en el fondo privado tendría mejores prestaciones, se podría pensionar a cualquier edad y con lo que tuviera ahorrado, y que sus aportes tendrían rendimientos al ser una cuenta de ahorro individual, en ninguna forma recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las

características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 14 de julio de 2021 video 1 Min. 25:26).

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”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* del acto la ratificación tácita por el paso del tiempo.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía el juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta, se adicionará 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

EXP. 12 2020 00093 01

Nidda Amparo Flórez Moreno Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra.

dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

SIN condena en COSTAS en el grado jurisdiccional de 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. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió los fondos de pensiones.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

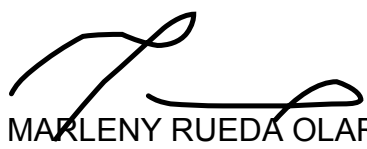
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ANA MILENA ESCOBAR ARAUJO CONTRA
LA SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO INTERGUBERNAMENTAL
ANDRÉS BELLO – SECAB**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por la organización intergubernamental demandada contra la sentencia dictada el 6 de noviembre de 2020 por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y la SECRETARIA EDUCATIVA DE LA ORGANIZACIÓN DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO – SECAB desde el 9 de enero de 2001 hasta el 30 de mayo de 2005, y se CONDENÓ a la organización demandada a pagar el valor del cálculo actuarial que liquide COLPENSIONES por los aportes para pensión correspondientes al periodo referido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ANA MILENA ESCOBAR ARAUJO presentó demanda contra la SECRETARIA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO – SECAB, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se condene a la organización intergubernamental demandada a pagar, mediante cálculo actuarial, los aportes a pensión correspondientes al tiempo durante el cual se desempeñó como Secretaria Ejecutiva del CONVENIO

ANDRÉS BELLO (CECAB). Afirma que los convenios internacionales no traen consigno inmunidad frente a las normas laborales internas cuando se trata de trabajadores de nacionalidad colombiana que cumplan funciones en el territorio nacional, que desarrolló labores como Secretaria Ejecutiva de manera subordinada a la REUNIÓN DE MINISTROS DE EDUCACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBRO (REMECAB), y que no se efectuaron aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones pese a que con posterioridad a su retiro, desde partir de abril del año 2012, la entidad demandada paga los aportes pensionales a quienes han ocupado el mismo cargo (ver demanda en folios 3 a 15 del expediente y reforma a la demanda en los folios 246 a 259 del plenario).

Notificada la demanda fue contestada por la SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO – SECAB, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que no existió relación laboral con la demandante regida por la normatividad laboral colombiana y por ello no es aplicable la legislación nacional en materia de seguridad social. Aduce que la demandante, como representante legal de la entidad, debió realizar las actuaciones pertinentes para efectuar los pagos al Sistema de Pensiones y no puede alegar su propia culpa frente a eventuales omisiones. Advirtió que quien ocupó el cargo con posterioridad a la demandante determinó, en ejercicio de sus propias competencias, hacer su afiliación al Sistema General de Pensiones y pagar los aportes pensionales. Propuso como excepción previa la inmunidad de la SECAB y ausencia de jurisdicción conforme la cláusula de *inmunidad jurisdiccional* que le otorgó el estado colombiano; y como excepciones de mérito *improcedencia de la teoría de la inmunidad relativa, inexistencia de una relación laboral, falta de jurisdicción, aplicación del principio “nemo auditor propriam turpitudinem allegans” a la conducta de la demandante, ausencia de buena fe del actor, buena fe de la SECAB, aplicación del principio de favorabilidad, inexistencia de las obligaciones demandadas, actuación temeraria por parte de la demandante, prescripción, referencia a hechos diferentes como sustento jurídico y la excepción genérica*

(ver contestación en folios 108 a 142, subsanación en folios 406 a 415 y contestación a la reforma en folios 463 a 476 del expediente).

En audiencia celebrada el 6 de noviembre de 2019, el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá declaró que la jurisdicción ordinaria laboral tiene competencia para dirimir la controversia, en atención a la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia según la cual no hay inmunidad absoluta de los organismos internacionales en materia laboral.

Dicha decisión fue confirmada por el Tribunal en auto dictado el 24 de enero de 2020.

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que entre la demandante y la SECRETARIA EDUCATIVA DE LA ORGANIZACIÓN DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO – SECAB existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de enero de 2001 y el 30 de mayo de 2005, y CONDENÓ a la organización demandada a pagar el valor del cálculo actuarial que liquide COLPENSIONES por los aportes para pensión correspondientes al periodo antes referido (entre el 9 de enero de 2001 y el 30 de mayo de 2005).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora ANA MILENA ESCOBAR ARAUJO y la SECRETARÍA EDUCATIVA DE LA ORGANIZACIÓN DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO DE INTEGRACIÓN EDUCATIVA – SECAB existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el periodo comprendido entre el 9 de enero de 2001 al 30 de mayo del año 2005 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SECRETARÍA EDUCATIVA DE LA ORGANIZACIÓN DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO DE INTEGRACIÓN EDUCATIVA – SECAB a cancelar el valor del cálculo actuarial por el tiempo que la demandante señora ANA MILENA ESCOBAR ARAUJO no estuvo afiliada al sistema general de

pensiones es el periodo comprendido entre el 9 de enero de 2001 al 30 de mayo del año 2005 de conformidad con la liquidación del cálculo actuarial que deberá realizar la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, cálculo actuarial que se realizará teniendo en cuenta el tope máximo permitido por la ley de veinte salarios mínimos para el año 2001 y 2002 y de veinticinco salarios mínimos para los años 2003, 2004 y 2005 conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia. TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, propuestas por la demandada y DECLÁRESE DEMOSTRADA la excepción de cobro de lo no debido y ABSOLVERLA respecto a la pretensión de intereses moratorios conforme se expuso en la parte motiva. CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a cinco (5) salarios mínimos legales vigentes para el año 2020” (CD 6, hora 1, minuto 20:47).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia encontró probados los elementos de un contrato de trabajo, pues la actora prestó servicios personales como Secretaria Ejecutiva, con subordinación frente a la REMECAB (Reunión de Ministros de Educación de los Estados Miembro del Convenio Andrés Bello).

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la entidad demandada pide que se revoque la sentencia y se absuelva de las condenas. Subsidiariamente pide que se condene a la demandante a pagar la parte que le corresponde de los aportes insolutos. Reitera que la relación jurídica que existió entre las partes no se rige por la ley colombiana. Estima que se interpretó de manera errónea el artículo 2° de la Ley 122 de 1985, pues si bien dicha norma dispone que a los funcionarios internacionales de la SECAB no se le aplica el régimen de inmunidades y privilegios establecidos en la Convención sobre las Prerrogativas e Inmunidades de las Organizaciones Especializadas de las

Naciones Unidas cuando son de nacionalidad colombiana, la aquí demandante aceptó que se le tratara como una funcionaria internacional, y en virtud de ello, se le aplicó una normatividad específica (Resoluciones 8G de 1995 y Resolución 2 de 2004) con la que obtuvo privilegios como licencias remunerados, más días de vacaciones, y el acceso a una póliza especial de salud con afiliación a medicina pre-pagada. En consecuencia, insiste en la inmunidad absoluta de la organización y la imposibilidad del juzgado de dirimir esta controversia, pues de lo contrario se estarían desconociendo los tratados internacionales y la normatividad especial que regula la materia. Advirtió que a los funcionarios nacionales de la SECAB se les aplica el derecho colombiano, pero a los funcionarios internacionales se les aplica la normatividad referida, por lo que el juez con su decisión se apartó del criterio que expresó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el caso de un funcionario internacional de la misma organización, según el cual se le debían aplicar las Resoluciones internas de la SECAB, y aplicó una sentencia de la misma Corporación que trataba de hechos distintos, esto es, una persona contratada por prestación de servicios. Considera desacertada la valoración probatoria de los testimonios rendidos en el proceso (en especial el de Clara María Elena Sabaraín) de los cuales no se obtiene prueba de la existencia de un contrato de trabajo bajo la legislación colombiana, y señala que a la actora se le entregó directamente el dinero con el que se debía afiliar al fondo de pensiones en Colombia, o en alguna otra administradora fuera del país, y que dada su calidad de secretaria ejecutiva tenía facultades para asignar el presupuesto de la organización, y podía haber ordenado el pago de sus propios aportes pensionales (CD 6, hora 1, minuto 23:00)¹.

¹ “Gracias su señoría, nosotros presentamos el siguiente recurso de apelación contra la sentencia y procederé a sustentar el mismo (...), entonces presentamos recurso de apelación y procedemos a sustentar el mismo de la siguiente manera, entonces estamos en desacuerdo con el sentido del fallo y con la condena a la SECAB de la sentencia. Nuestros principales argumentos son los siguientes, primero, consideramos errónea la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo tal y como lo encontró probado este despacho, entre otras razones porque la relación jurídica existente entre las partes pues no es un contrato de trabajo y menos se puede regir por la ley colombiana, y entendemos de la sentencia que las pruebas que llevaron a tomar esta decisión fueron tanto las documentales como un par de declaraciones y testimonios, frente a los testimonios queremos decir que encontramos desacertado el valor que se le dio al testimonio de la señora Clara María Elena Sarabain, en el entendido que este proceso más que probatorio es un proceso donde deben priorizar son las normas que rigen a la SECAB y las normas del proceso, no consideramos que a través de un testimonio se pruebe

la existencia de este contrato de trabajo bajo la legislación colombiana tal y como lo considera el Juzgado. El segundo argumento es que consideramos que el Juzgado ha interpretado de manera errónea el artículo 2 de la Ley 122 del 85 toda vez que le ha dado un significado que no tiene, el artículo 2 de la Ley 122 del 85 lo que establece es que a los funcionarios internacionales de la SECAB como es el caso de la hoy demandante, no se le aplicará el régimen de inmunidades y privilegios establecidos por las Naciones Unidas si la señora fuera colombiana y ese es el caso de la señora, la señora fue un funcionario internacional tal y como lo aceptó tanto la parte demandante como el señor Juez en su sentencia y evidentemente no le aplican las inmunidades ni privilegios establecidos por las Naciones Unidas pues o la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados de las Naciones Unidas. Yo quiero hacer un llamado a que se revise esa Convención sobre las Prerrogativas e Inmunidades de las Organizaciones Especializadas de las Naciones Unidas a las que ha hecho referencia el Juzgado porque en esa convención, lo que dice la convención es que la persona tendrá derecho por ejemplo a menos impuestos o, a que por ejemplo su familia y él tengan pasaportes diplomáticos o a que puedan usar carros diplomáticos, a que no sean juzgados en territorio colombiano y otras prerrogativas adicionales, ninguna de esas prerrogativas quiere decir o está diciendo que en un caso como el de la señora Ana Milena la legislación laboral Colombiana deba aplicarse, creemos que el fundamento que ha utilizado el Juez para llegar a la condena es a través de una interpretación errónea de la norma y eso hace pues que llegue a esa conclusión. Tal y como lo demostró la SECAB, tal y como la misma parte demandante así lo manifestó y tal y como el mismo Juez dentro de su exposición de motivos también lo encontró demostrado, la señora Ana Milena Escobar fue designada como funcionaria internacional y esa funcionaria internacional tal y como ha quedado demostrado pues tiene unas normatividades específicas que la rigen, y esas normatividades son la Resolución 8G de 1995 que rigió en 1995 hasta el 2004 y posteriormente la Resolución 2 del 2004 que rigió desde el 2004 hacia adelante. Como la señora Ana Milena estuvo dentro del periodo dentro de estas dos resoluciones es necesario revisar ambas resoluciones, y tal y como lo decía el despacho y lo reconocía la señora era una funcionaria internacional a la que se le debe aplicar esta normatividad, es por eso que ella por ejemplo en las pruebas que se allegaron tenía una asignación tal y como lo dicen las pruebas asignación internacional y era una asignación mensual, así mismo tal y como se demostró pues en las pruebas esta señora tuvo derecho a vacaciones y no vacaciones de 15 días como lo establece el Código Sustantivo del Trabajo sino a vacaciones de 30 días como lo reconocía la SECAB en esas resoluciones, además de eso tenía derecho a muchos otros privilegios como por ejemplo a pedir diferentes licencias, estas resoluciones regulaban por ejemplo el pago de licencias no remuneradas, el uso de permisos remunerados, el disfrute de vacaciones, incapacidades por enfermedad, licencias de maternidad, es decir, estas resoluciones lo que hacían era que establecían las normas, los derechos y las obligaciones por las que deben regirse los funcionarios internacionales de la SECAB, y todos esos derechos, normas, se le aplicaron a la señora hoy demandante, es decir, ella toda su relación jurídica con la SECAB estuvo privilegiada por esas normas específicas de la SECAB, no puede ser que hoy entonces se le aplique el derecho colombiano cuando durante toda su relación jurídica se le aplicó una normatividad diferente, es decir, tuvo tres días de vacaciones, tuvo licencias de maternidad más grandes, se le entregó por ejemplo había licencias ordinarias sin sueldo hasta por un término de sesenta días, es decir, estas dos resoluciones tenían la normatividad aplicable al caso en mención y, sobre el tema de la seguridad social de manera clara dos artículos de estas resoluciones el 44 y el 45 pues así lo establecían, que la SECAB debía cubrir a la señora en una póliza especial de salud fue por eso que la afiliaron a medicina prepagada y como del gobierno colombiano, en el sistema colombiano es necesario afiliarse a una EPS se afilió a la EPS, y frente a las pensiones la SECAB entregó el dinero a la señora Ana Milena por petición de la misma señora Ana Milena quien con ese dinero debía afiliarse a un fondo de pensiones en el lugar donde ella quisiera fuera en Colombia o fuera en otro lugar fuera de Colombia, y eso se hacía con diferentes personajes o las personas que tenían condición de funcionarios internacionales y eran colombianos, es por eso que algunos funcionarios solicitaron de manera expresa que se les afiliara a pensiones y así lo hizo la SECAB pero porque es un régimen totalmente diferente y exclusivo el de los funcionarios internacionales, ese es uno de los primeros puntos de la sustentación de este recurso. El juez encontró y la misma demandante así lo dijo que la señora era una funcionaria internacional que prestaba servicios en Colombia y para sustentar que el

derecho de la SECAB no le aplicaba, es decir, que la Resolución 8G 95 y la Resolución 2 de 2004 no le aplicaba el sustento jurídico erróneo que se utilizó fue que no se le aplicaba el régimen de inmunidades otorgado por las Naciones Unidas, es decir, se interpretó de manera errónea el artículo 2, la Ley 122 de 1985 que lo que dice es que, lo voy a citar, que reconoce la inmunidad de los funcionarios directivos de la SECAB de nacionalidad distinta a la colombiana en la forma en que es reconocida a funcionarios diplomáticos acreditados ante el Gobierno Nacional, eso lo que quiere decir es que la señora Ana Milena no tenía los privilegios de las personas acreditadas como diplomáticos que son distintos, son carro con placas diplomáticas, no pagar IVA, valijas diplomáticas, si existe una desgracia en el país puede aplicar a vuelos especiales, pero nada tiene que ver con la aplicación o no del derecho laboral colombiano, para eso esos cargos tenían sus propias normas. Lo segundo y lo que vamos a sustentar nuestro recurso es en que insistimos y aquí me voy a permitir leer los fundamentos, que insistimos en la inmunidad absoluta de la SECAB y la correctiva imposibilidad por parte de este Juzgado de conocer el presente proceso, esto pues por las inmunidades que se le han reconocido a la SECAB a través de diferentes normas tanto internacionales como nacionales, el Tratado de 1990 aprobado por ejemplo por la Ley 20 de 1992 reconoce ese régimen de privilegios y inmunidades, la Convención de privilegios e inmunidades de los organismos especializados de las Naciones Unidas de 1942 aprobada por la Ley 62 de 1973 también reconoce esa inmunidad de la SECAB y el Acuerdo Sede celebrado entre el Gobierno Colombiano y la Secretaría de la SECAB en 1972 aprobado por la Ley 122 de 1985 también reconocen esa inmunidad, es decir, el despacho está desconociendo tres tratados internacionales y tres normas colombianas, todas hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano y esta sentencia está yendo en contra de esas normas y de esos tratados. Adicionalmente consideramos y esto lo reiteramos es que el error grave en el despacho está en una interpretación errónea del artículo 2 de la Ley 122 de 1985, tal y como él lo reconoció la señora era funcionario internacional, le aplicaba la legislación internacional, la legislación específica de la SECAB, pero por esta interpretación errónea del artículo 2 de la Ley 122 del 85 el Juez decidió aplicar el derecho colombiano. Adicionalmente, pues se desconoce que la SECAB tenía dos regímenes como tal lo dijimos para funcionarios nacionales y para funcionarios internacionales, todos los funcionarios nacionales que no era el caso de la señora Ana Milena se les aplicó el derecho colombiano porque así lo estableció la SECAB y a los funcionarios internacionales pues debía aplicárseles la normatividad específica para el caso tal y como se hizo durante toda la relación contractual que tuvo la señora Ana Milena con la SECAB. Adicionalmente, encontramos que y tal y como lo mencionó el despacho desconoció la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia tal como lo mencionamos, existe una sentencia en la Corte Suprema de Justicia que el mismo despacho se aparta que establece un caso idéntico a este porque era un funcionario colombiano, perdón era una persona colombiana que tenía un cargo de funcionario internacional, en ese caso que es idéntico a este la Corte lo que reconoció es que en ese caso ese funcionario tenía una normatividad específica que lo regía, así que el Juez de este caso debió si quería estudiar el caso, aplicar esa normatividad específica que tal y como lo hemos dicho son la Resolución 8G y la Resolución 2 del 2004. Adicionalmente y un poco también para complementar los argumentos es que la señora Ana Milena era la secretaria ejecutiva de la SECAB, esto es, el cargo más alto e importante y ella tenía tal y como se allegó al proceso facultad de delegación por ejemplo de presupuesto, de esos por ejemplo delegó el presupuesto de más de casi mil millones de pesos para otras personas entonces aquí la pregunta es, ¿por qué si ella tenía la facultad de delegar presupuesto, es decir, la facultad de pagar o no pagar y la facultad de darle a otras personas delegación de presupuesto de hasta mil millones de pesos, por qué entonces ella no ordenó que se revisaran los pagos a pensiones?, y la respuesta es porque ese nunca fue el acuerdo, ella sabía que a ella le aplicaba las resoluciones internas de la SECAB que le aplicaba a los funcionarios internacionales, ella lo sabía, ella lo tenía claro y por eso ella nunca ordenó la realización de ese pago pudiéndolo hacer y la prueba más fehaciente que ella habiendo podido ordenar el pago de los aportes a pensión es que ella podía ordenar los gastos de mil millones de pesos de la entidad así que habría podido ordenar ese pago y, finalmente, los argumentos que trajo la demandante y en parte fueron acogidos por el señor Juez están basados en una sentencia que dictó la Corte Suprema de Justicia contra la SECAB en un caso diametralmente opuesto al que hoy nos ocupa, con ese caso que está mal digamos aplicado a este que nos ocupa hoy, lo que sucedió es que una señora en Colombia prestó servicios a

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante de la Resolución 11 de 2000, la REUNIÓN DE MINISTROS DE EDUCACIÓN DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO – REMECAB designó a ANA MILENA ESCOBAR ARAUJO para fungir como Secretaría Ejecutiva de dicha organización intergubernamental durante el periodo comprendido entre el 9 de enero de 2001 y el 8 de enero de 2005 (ver Resolución en los folios 16 a 179 del expediente, aportada por ambas partes), y que estuvo vinculada en dicho cargo hasta el 31 de mayo de 2005. Sobre esto último, si bien la demandada reconoció en comunicación de 5 de mayo de 2016 que el periodo de labores de demandante se extendió hasta el 30 de abril de 2005, el juez concluyó que el extremo final de dicha vinculación es el 31 de mayo de 2005 conforme a la certificación del pago de aportes a seguridad social en salud, materia que no fue objeto de apelación por la organización demandada (ver comunicación a folios 31 y 32, y certificación de aportes efectuados al Sistema de Seguridad Social en Salud en los folios 294 a 297 del plenario).

la SECAB a través de un contrato de prestación de servicios, es decir, ahí ella no se designó como funcionario internacional y esa señora no representaba la SECAB como si lo hacía la señora Ana Milena, es decir, no era funcionaria internacional y no se le aplicaban las normas de los funcionarios internacionales, en ese caso sí se condenó a la SECAB y se reconoció un contrato de trabajo entre la demandante en ese momento y la SECAB, pero los fundamentos jurídicos y los hechos sobre todo eran totalmente opuestos, así que este Juzgado no solamente desconoció una línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sino que le dio aplicación de manera errónea a otro proceso de la Corte Suprema de Justicia cuyos hechos son totalmente diferentes condiametralmente opuestos a los que hoy nos ocupa y es por eso que solicitamos que en segunda instancia se declare improcedente las condenas hoy establecidas y por ello entonces absuelva a la SECAB de todas las pretensiones de la demanda, sobre todo de la existencia de un contrato de trabajo, nuestra solicitud es que se reconsidere y se declare la no existencia de un contrato de trabajo y adicionalmente pues que no se condene al pago a la SECAB de los aportes a pensiones y, finalmente también hacemos un llamado y es que consideramos que a la sentencia le hace falta una explicación adicional frente a los aportes a pensión pues los aportes a pensión están a cargo de ambas partes, tanto empleador como trabajador y en el evento que esta sentencia decida condenar a la SECAB a realizar o reconocer los pagos a pensiones pues también debería pronunciarse sobre los pagos correspondientes a la señora Ana Milena, solicitamos entonces que nos conceda el recurso de apelación a nuestros fundamentos a los que hemos expuesto y solicitamos al Juzgado de segunda instancia pues que declare el error de la sentencia de los fundamentos que llevaron al Juez de primera instancia a condenar a la SECAB y a encontrar la existencia de un contrato de trabajo y a condenarla al pago de las pensiones, muchas gracias señor Juez”.

En consonancia con las materias que fueron objeto de apelación, el Tribunal definirá si procede o no la condena impuesta a la SECAB al pago de los aportes al Sistema de Pensiones por los tiempos durante los cuales la demandante fungió como Secretaria Ejecutiva del CONVENIO ANDRÉS BELLO. Para ello se estudiará la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes durante.

Sobre los argumentos de inmunidad reconocida por el Estado Colombiano a la SECAB y a los funcionarios directivos de dicha organización, ya se pronunció previamente el Tribunal en este expediente en los siguientes términos:

“(…) [E]l Tribunal seguirá el criterio jurisprudencial expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico como Juez de Casación Laboral, para unificar la jurisprudencia en asuntos como el que precede.

*En providencia del 9 de abril de 2014, dictada dentro del proceso con radicado No. 62.861, esa Corporación recogió expresamente el criterio que había expresado con anterioridad, según el cual los organismos internacionales “están exentos del control jurisdiccional interno respecto a los actos y hechos de naturaleza contractual laboral que comprometan a nacionales colombianos, salvo cuando se trate de los excluidos en el concepto de inmunidad jurisdiccional previsto en la llamada ‘**Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas**’ de 18 de abril de 1961, aprobada por la Ley 6ª de 29 de noviembre de 1972” (criterio expuesto en los autos dictados el 21 de marzo, 21 de julio y 1º de agosto de 2012, dentro de los procesos con radicados No. 37.637, 55.343 y 39.995, respectivamente).*

Para este efecto estimó la Sala Laboral de la Corte en la decisión referida que las Organizaciones Internacionales gozan de inmunidad de jurisdicción frente a todo tipo de procedimiento judicial, siempre que ésta se encuentre consagrada en el tratado constitutivo del organismo o acuerdo de sede. No obstante, ello no implica que se pueda privar a la personas del derecho de acceso a la justicia, y

por consiguiente, resulta “indispensable que la Organización Internacional cuente con mecanismos apropiados para la resolución de las controversias suscitadas con sus trabajadores, bien sea a través de tribunales propios o jurisdicción arbitral o internacional con garantías suficientes” (AL 3295 del 9 de abril de 2014, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Con base en el referente jurisprudencial citado, la Sala confirmará la decisión tomada en primera instancia, pues si bien el numeral 6° de la Ley 122 de 1985 por medio del cual se aprobó el Acuerdo suscrito entre el Gobierno de Colombia y la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello (SECAB) para el establecimiento de sus sede en Bogotá, establece que dicho organismo internacional goza de inmunidad de jurisdicción sin establecer restricción o excepción alguna respecto de la materia, no encuentra el despacho la existencia de instrumentos o mecanismos judiciales que permitan garantizar a los trabajadores el acceso efectivo a la justicia para que reclamen sus derechos laborales.

Además, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de controversias que se susciten contra la SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO en el marco de un contrato de trabajo, entre otras, en las providencias AL 3295 de 2014, AL 611 de 2018 y más recientemente en la sentencia SL 1321 de 2019 (última decisión proferida por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia).

Como el artículo 2° de la Ley 712 de 2001 en su numeral 2 dispone competencia del juez laboral, para “(...) el estudio de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo (...), y dado que en este proceso se reclama el pago de los aportes pensionales por el periodo que la demandante prestó sus servicios a la SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO, resulta claro que se trata de un conflicto que se origina directamente en el contrato de trabajo, y debe ser resuelto en la jurisdicción ordinaria, especialidad laboral, al margen de que prosperen o no las pretensiones de la demanda, o que para decidir la controversia se deban estudiar elementos de prueba formalmente celebrados bajo las reglas de otros ordenamientos. Sobre la materia se ha pronunciado la Sala de Casación laboral

*de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, para advertir que basta la afirmación relativa a la existencia de un contrato de trabajo para que la competencia sea de la jurisdicción laboral, pues ésta se determina por los hechos y pretensiones que se alegan al inicio del proceso*².

En tal decisión los magistrados que integraban esta Sala de Decisión desataron las controversias, que ahora se pretenden revivir, sobre la competencia del juez laboral para dirimir la controversia y sobre la aplicación de las reglas establecidas en la legislación colombiana en materia laboral.

En esta materia se debe recordar además, que según el desarrollo jurisprudencial sobre el principio de la *inmunidad de jurisdicción restringida* en materia laboral, “*en el territorio colombiano ningún Estado u organismo internacional gozan de inmunidad absoluta. Esto es así, porque las atribuciones que le competen al Estado colombiano en términos de soberanía e independencia, implican que tienen capacidad jurídica para “asegurar la defensa de los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción”. De esta manera, el principio de inmunidad de jurisdicción debe ser concebido como un instrumento para garantizar la autonomía de los agentes internacionales en el ejercicio de sus funciones, sin que ello implique una renuncia no justificada del deber del Estado de garantizar los derechos y deberes de los habitantes del territorio”* (ver sentencia de la Corte Constitucional T- 814 de 2011, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA). La Corte Constitucional ha estimado claramente que “*cuando un Estado extranjero celebra un contrato laboral con un nacional o residente permanente del territorio nacional (acto jure gestionis), debe someterse irrestrictamente a las normas laborales internas ante el decaimiento de la tesis de inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados en materia laboral, y el advenimiento creciente de la inmunidad restringida en ese campo como práctica internacional*” (Sentencia T-932 de 2010, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA).

² Decisión tomada el 24 de enero de 2020 por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá conformada por los Magistrados Roberto Antonio Benjumea Meza, Hernán Mauricio Oliveros Motta y Hugo Alexander Ríos Garay.

Lo anterior coincide con (i) el artículo 2° de la Ley 122 de 1985, norma que aprobó el Acuerdo entre el Gobierno de Colombia y la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello (SECAB) para el establecimiento de su sede en la ciudad de Bogotá, en el cual se reconoce inmunidad de los funcionarios directivos de SECAB **de nacionalidad distinta a la colombiana**; (ii) la constancia emitida por el Encargado de las Funciones del Despacho del Director del Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, según la cual, en razón a la nacionalidad colombiana de ANA MILENA ESCOBAR ARAUJO, *“no goza de privilegios e inmunidades en el territorio nacional”* (ver folio 96); y (iii) con el principio de territorialidad en materia laboral que implica, como regla general, la aplicación del Código Sustantivo de Trabajo (artículo 2 CST) y de las normas que regulan el derecho irrenunciable de la seguridad social a todos los *habitantes* del territorio nacional (artículo 3 de la Ley 100 de 1993).

• **EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL ENTRE LA DEMANDANTE Y LA SECAB**

Para resolver la controversia suscitada sobre la existencia de un contrato de trabajo entre las partes son pertinentes entonces 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 la *actividad personal* del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, la continuada *subordinación o dependencia* del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el *salario*, contraprestación directa del servicio. Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*, por virtud de la cual toda relación en la que se involucre un *servicio personal* se entiende regida por contrato de trabajo, lo que trae para quien reclama la existencia de dicho acuerdo, una ventaja procesal, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alegue hechos presumidos por el legislador.

Por ello, en el proceso laboral, cuando el demandante demuestra que ejecutó un *servicio personal* en favor de quien reclama la condición de empleador, se debe entender que dicho servicio se prestó de manera *subordinada*, y corresponderá al demandado desvirtuar dicho elemento, aportando pruebas pertinentes y suficientes de las cuales se pueda concluir que la actividad personal se ejecutó con autonomía técnica y directiva.

Con estas premisas normativas y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo realidad, pues en el expediente se demostró claramente que ANA MILENA ESCOBAR ARAÚJO prestó *servicios personales* como Secretaria Ejecutiva del CONVENIO ANDRÉS BELLO entre el 9 de enero de 2001 y el 31 de mayo de 2005, que es nacional colombiana (su cédula de ciudadanía fue expuesta en la audiencia celebrada el 8 de septiembre de 2020 – ver CD 3), y que los servicios se desarrollaron en el territorio nacional (la sede de la SECAB está ubicada en la ciudad de Bogotá – Ley 122 de 1985), con lo cual operó la presunción de subordinación.

Pero aunque dicha presunción no existiera, se demostró también que tales servicios se ejecutaron bajo subordinación y dependencia de la REUNIÓN DE LOS MINISTROS DE EDUCACIÓN de los países signatarios del CONVENIO ANDRÉS BELLO (REMECAB), organismo internacional intergubernamental que goza de personería jurídica internacional.

La designación de la actora como Secretaria Ejecutiva durante el tiempo referido se demostró con la Resolución de nombramiento por la REMECAB

(antes referida – folios 16 y 179 del plenario), y fue aceptado por la organización demandada en su contestación (pronunciamiento hecho No 2 de la demanda – ver folio 110).

Sobre el cumplimiento de sus funciones de forma personal y la contraprestación por el servicio prestado, se presentaron las siguientes pruebas documentales: (i) Informe de Gestión de la SECAB 2001-2004 (ver folios 342 a 402 del expediente); (ii) la Resoluciones No. 1 y 2 de 2004, a través del cual se aprobaron los estatutos del CAB y el reglamento de personal internacional en el cual se dejó constancia de la participación de la Secretaria Ejecutiva de la organización, ANA MILENA ESCOBAR ARAUJO (ver folios 37 a 67 del plenario); (iii) las directivas y resoluciones emitidas por la demandante en su condición de Secretaria Ejecutiva (CD 4); (iv) los comprobantes de nómina (CD 4 y en los folios 487 a 508, 514 a 543, 545 a 574, y 617 a 626); y (v) la certificación del pago de los aportes a seguridad social en salud de la demandante por la SECAB (ver en folios 294 a 297).

Adicionalmente, se recibieron los testimonios de EDILMA GUZMÁN GONZÁLEZ y CLARA ELENA ZABARAIN (CD 3 – minutos 40:18 y hora 1, minuto 1:07, respectivamente), quienes trabajaron con la demandante en la SECAB, la primera como su secretaria privada, y la segunda como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y Directora de Cooperación Internacional, y afirmaron que la actora cumplió sus funciones conforme los reglamentos de la organización intergubernamental, debía para el efecto presentar informes, asistir a reuniones y suministrar información, y el control y dirección de las labores lo ejercía la REMECAB máximo órgano de la organización. Sobre esto último, el artículo 51 de la Resolución No. 08B de 1995, normatividad que aprobó los Estatutos de la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello, establece que “[e]l secretario ejecutivo es el más alto funcionario administrativo de la Organización del CAB: tiene a su cargo la Secretaria Ejecutiva y es responsable, ante la Reunión de Ministros, del cumplimiento adecuado de las obligaciones y funciones de este organismo a fin de lograr la coherencia y unidad de la política de la Organización del CAB” (ver página 145), dado que

la Reunión de Ministros del Convenio Andrés Bello (REMECAB) es el órgano de Dirección y autoridad superior de la organización, integrado por los Ministros de Educación de los países miembro del Convenio.

Deber advertir el Tribunal que la parte demandada no aportó ninguna prueba útil para desvirtuar la existencia del elemento subordinación en la relación de servicios personales que ejecutó la demandante. Sus argumentos de defensa giraron en torno a la *naturaleza* u origen de la vinculación de la demandante con la organización y la improcedencia de aplicar las normas laborales colombianas en el caso bajo estudio, asunto que -como se dijo atrás- fue resuelto por el Tribunal desde los albores del proceso.

En consecuencia, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia en cuanto declaró la existencia de una relación laboral entre la demandante y la organización intergubernamental demandada.

- **OMISIÓN EN EL PAGO DE APORTES Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.**

Para resolver esta materia, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 dispone para el empleador la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social *“durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, (...) con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que ellos devenguen”*. Adicionalmente las sentencias T-932 de 2010 y T-814 de 2011 concluyeron en situaciones análogas a la que se estudia, que el derecho internacional reconoce a los Estados y organismos internacionales inmunidad *restringida* en materia laboral y por ello se deben someter a las normas internas del derecho del trabajo que protegen a sus trabajadores de las contingencias de invalidez vejez o muerte: *“[l]a celebración de contratos de trabajo con nacionales colombianos obliga a las misiones diplomáticas y a los organismos supranacionales a asumir el riesgo de vejez, “mediante la afiliación del trabajador al Instituto de Seguros Sociales o incluso a otras entidades de previsión social que cubrieran tal riesgo”*”.

Frente la obligación del empleador de recaudar y pagar las cotizaciones de sus trabajadores cuando se incurre en una omisión de afiliación al Sistema de Pensiones, las normas disponen a su cargo el pago mediante cálculo actuarial del valor de los aportes que corresponderían por los tiempos durante los cuales el trabajador prestó servicios. Solo así se podrán computar dichos lapsos para causar o determinar el valor de las prestaciones a cargo del Sistema (inciso 1°, parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993).

En el caso presente se observa del artículo 23 de la Resolución No 02 de 2004 que aprobó el Reglamento del Personal Internacional de la CAB, que la demandada excluyó expresamente de las obligaciones a su cargo el aseguramiento del riesgo de vejez, lo que va en contravía de la normatividad interna en materia de seguridad social en pensiones referida, y del Convenio 102 de la OIT (parte V) que fue ratificado por 7 de los 12 países miembro del CAB (Bolivia, Ecuador, España, México, Perú, República Dominicana y Venezuela).

Se confirmará entonces también la sentencia de primera instancia en cuanto dispuso el pago mediante cálculo actuarial de los aportes a pensión que correspondían a los servicios que prestó ANA MILENA ESCOBAR ARAUJO a la organización intergubernamental del CONVENIO ANDRÉS BELLO, advirtiendo que no se le puede imputar a la demandante omisión o culpa alguna en la omisión pues, además de que el derecho a la seguridad social tiene el carácter de irrenunciable, fue el mismo reglamento de trabajo de la organización el que excluyó el cubrimiento del riesgo de vejez para la Secretaria Ejecutiva de la SECAB (como se dijo). Además, sus funciones relacionadas con la elaboración y aumento del presupuesto de la SECAB, o la administración de los recursos del CAB y la organización del gasto, se encontraban supeditadas a la aprobación de la REMECAB (ver Resolución No 01 de 2004 – folios 150 a 177).

Como se dispuso en la sentencia apelada, para el pago del cálculo actuarial la administradora de pensiones (en este caso COLPENSIONES conforme lo expuesto en la demanda) deberá efectuar las operaciones pertinentes en los términos que establece el artículo 3° del Decreto 1887 de 1994, tomando el valor los topes salariales en la base de cotización de cada anualidad, dado que los salarios que recibió la demandante durante la relación superaban dichos topes (20 SMLMV antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y 25 SMLMV después).

COSTAS en la apelación a cargo de la SECAB.

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 la apelación a cargo de la SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

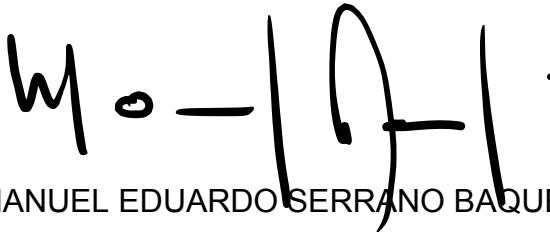
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, followed by a period.

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 LABORAL DE JOSÉ MANUEL MÉNDEZ SUÁREZ
CONTRA LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA, INDUSTRIA Y
TURISMO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia dictada el 7 de abril de 2021 por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha providencia se negó el reconocimiento de una pensión plena de jubilación bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ MANUEL MÉNDEZ SUÁREZ presentó demanda contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA, INDUSTRIA Y TURISMO para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que es beneficiario de una *“pensión plena de jubilación”* bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985 y, en consecuencia, se le reconozca y pague *“pensión convencional de jubilación (sic), tomando el 75% del ingreso base de liquidación, indexado al 7 de agosto de 2001”*, las mesadas extralegales de *“junio y diciembre de cada año y la mesada catorce (14)”* que fueron reconocidas en su pensión anticipada de jubilación, indexación e intereses moratorios. Afirma que nació el 13 de agosto de 1945, es beneficiario del régimen de transición, y adquirió el status pensional el 7 de agosto de 2001

(cuando cumplió 55 años). Agrega que el IFI – Concesión Salinas le reconoció pensión anticipada de jubilación desde el 1º de noviembre de 1993 con el 54,51% del “*salario real promedio*” del último año de servicios, fecha para la cual contaba con 20,3 años de servicios para el Estado (1 año para el Ministerio de Defensa como soldado del 1 de noviembre de 1965 al 31 de octubre de 1966, y 19,3 años para el IFI Concesión Salidas), y tiene derecho al reconocimiento de 2 mesadas adicionales convencionales en los meses de junio y diciembre, según lo dispuesto en las Convenciones Colectivas del 1 de julio de 1960 al 28 de febrero de 1961, del 1 de septiembre de 1964 al 31 de diciembre de 1965, del 1 de enero de 1966 al 30 de abril de 1967 y la de 1991-1992 (ver demanda de folios 3 a 13).

Notificada la demanda fue contestada por la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA, INDUSTRIA Y TURISMO, mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones afirmando que el actor tiene reconocida una pensión convencional por retiro voluntario del IFI Concesión Salinas, desde el 1º de noviembre de 1993 (fecha en la que contaba con 47 años de edad), para lo cual se tuvieron en cuenta 19 años y 5 meses de labores ante dicha entidad, pensión que se encuentra compartida con el ISS, hoy COLPENSIONES, quien reconoció pensión legal de vejez a partir del 8 de agosto de 2006. Aduce que el demandante recibe 16 mesadas anuales (2 mesadas adicionales legales y 2 convencionales), y que no se pueden reconocer factores salariales extralegales para el cálculo de la pensión legal pretendida, máxime si lo que se pretende es incluir tiempos no laborados ante el IFI. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *inexistencia de la obligación y ausencia de consolidación del derecho reclamado, compartibilidad pensional, prescripción y compensación y buena fe* (ver contestación de folios 342 a 348).

En audiencia del 7 de abril de 2021, la parte actora aclaró, en la etapa de fijación del litigio, que lo pretendido es el reconocimiento y pago de la pensión plena de jubilación contenida en la Ley 33 de 1985 (CD 1, Min. 6:28)

Terminó la primera instancia con sentencia de 7 de abril de 2021, mediante la cual el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá negó el reconocimiento de una pensión plena de jubilación bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985. La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la parte demandada NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, que representa los intereses de la Concesión Salinas – IFI, empleador del señor demandante, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción, en estos términos, DECLARAR demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a UN (1) SMMLV para el año dos mil veintiuno (2021). TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dada el resultado desfavorable para la parte actora, se remitirán las diligencias al Superior para que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta”* (CD 1, Min. 56:17).

Para tomar la decisión, el Juez realizó las operaciones aritméticas pertinentes y concluyó que la mesada de la pensión plena de jubilación resultaría menos favorable a la pensión convencional que actualmente tiene reconocida el actor, pues debe tomarse como IBL lo devengado durante los últimos 10 años previos al reconocimiento de la prestación teniendo en cuenta únicamente los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haber sido apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del CPT y SS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución 1064 1993, el IFI CONCESIÓN SALINAS reconoció pensión anticipada de jubilación a favor de JOSÉ MANUEL MÉNDEZ SUÁREZ a partir del 1 de noviembre de 1993 en

con el 54,5% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, lo que arrojó una mesada de \$166.139,93 para dicha anualidad; que laboró para dicha entidad 19,3 años hasta el 31 de octubre de 1993, y que se beneficia de las Convenciones Colectivas de Trabajo en las que se pactó el pago de 2 bonificaciones a los pensionados en los meses de junio y diciembre de cada año (folios 14 a 275, 276 a 279, 303 a 305, 307 a 310, 312 a 314, 336 y 337).

El demandante pretende en su demanda el reajuste de la pensión que recibe para lo cual estima que se debe aplicar la Ley 33 de 1985 incluyendo en el IBL todos los factores salariales legales y extralegales que devengó en el último año de servicios.

Revisado el expediente ningún reparo le merece al Tribunal la decisión de primera instancia que será confirmada, pues si bien resulta viable sustituir una pensión de jubilación convencional por la pensión de jubilación legal que corresponda¹, en el caso del demandante de dicho cambio resultaría un valor inferior para la prestación.

Para definir cuáles son las normas que regulan la pensión reclamada se debe advertir que por elementales reglas de hermenéutica se deben aplicar las normas que regían al momento en que se causó el derecho, es decir, cuando se cumplieron la edad y el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema. No obstante, cuando esas condiciones o requisitos se modifican por la entrada en vigencia de una nueva reglamentación, ésta puede crear un régimen de transición normativa cuya finalidad es mantener -para algunas personas- la aplicación de todas o de algunas de las reglas que fueron derogadas, o lo que es lo mismo, para darle relevancia o sanción jurídica a las expectativas pensionales que tenían algunos trabajadores.

¹ Sentencias dictadas el 1° de junio de 2010, Radicación No. 37529, M.P. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA, y SL 1854 del 2015, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRY BUENO.

Esto último fue lo que ocurrió al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 36 dispuso un régimen de transición normativa que le es aplicable al demandante, pues tenía más de 15 años de servicios para el 1º de abril de 1994² (fecha de entrada en vigencia del régimen de pensiones que creó la referida Ley 100) y la pensión se causó en 7 de agosto de 2001 cuando cumplió 55 años³ -no se extinguió el derecho con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005⁴-. Dicho régimen de transición mantuvo las reglas anteriores en cuanto a los requisitos de *edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y el monto –o porcentaje-* para acceder a la pensión de vejez de sus beneficiarios (para la situación bajo estudio, el consagrado en la Ley 33 de 1985), pero sobre el ingreso base dispuso claramente que en éste aspecto se aplicarían las normas que se expidieran con posterioridad.

Esta forma de entender el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 ha sido reiterada en amplia jurisprudencia de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia desde tiempo pretérito, se citan como referencia las sentencias SL 1182 de 2018, SL 9974 de 2017, SL 9808 de 2016, SL 15602 de 2014, SL 15 de febrero de 2011, SL del 6 de julio del 2000 con radicado No. 13336, SL de 17 de octubre de 2008 con radicado No. 33343.

Así las cosas, el ingreso base de liquidación de pensiones legales como la que reclama el demandante se encuentra regulado en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 con sus reformas. Según estas normas cuando falten menos de 10 años para adquirir el derecho, se debe tomar para el efecto el promedio de lo “*devengado en el tiempo que le hiciere falta* [PARA CAUSAR LA

² Contaba con 19 años y 4 meses y 11 días de servicio al extinto IFI CONCESIÓN SALINAS y 1 año y 10 meses y 14 días de servicios prestados al Ministerio de Defensa Nacional, folios 276 a 283, 303 a 310 y 325 a 332).

³ Nació el 7 de agosto de 1946, ver cédula de ciudadanía a folio 302.

⁴ "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

PRESTACIÓN] o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”; y los factores que se deben considerar para integrar dicho IBL son los definió el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 así: **asignación básica mensual**, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, **remuneración por trabajo suplementario o de horas extras** o realizado en la jornada nocturna y la bonificación por servicios prestados, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral⁵.

Con estas claras reglas normativas y jurisprudenciales no se podían tener en cuenta como IBL para tasar la prestación legal de jubilación del demandante la *totalidad de los factores salariales*, como reclama en su demanda, ni se podía reducir el periodo de contabilización al último año de servicios. Conforme a lo indicado, solo se estimar como factores salariales los *sueldos* y las *horas extras* (contenidos en el Decreto 1158 de 1994 – ver folio 310) y el cálculo se debe efectuar con el promedio de los salarios devengados en el tiempo que le faltaba al demandante para adquirir el derecho o en todo el tiempo de vinculación, si este fuere superior (artículo 36 inciso 3° de la Ley 100 de 1993).

Cabe advertir que al expediente solo se allegaron certificaciones de los salarios devengados por el demandante en el último año de vinculación con el IFI CONCESIÓN SALINAS (del 1 de noviembre de 1992 al 31 de octubre de 1993, folio 310) y con el Ministerio de Defensa Nacional de noviembre de 1965 a octubre de 1966 (folio 280), lo que impide tasar el valor de la mesada que correspondería al demandante en el régimen *legal*. No obstante y en gracia de discusión, aún con los factores imputables en el último año de servicios

⁵ Sentencias SL17724-2017 Rad. 55529 y SL3113-2019 Rad. 75165, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

resultaría para el año 2001 una mesada pensional de \$483.590,35⁶, inferior a la mesada convencional reconocida en \$631.348,33 (folio 318), por lo cual, ni siquiera en ese escenario hipotético sería posible el reconocimiento pensional que reclama la demanda.

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 la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

6

Sueldos Último Año de Servicios	Horas Extras Último Año de Servicios	Total Devengado Último Año de Servicios	IPC 1993	IPC 2001	Total Actualizado a 2001	IBL 2001	Mesada 2001
\$2.116.272,55	\$63.516,25	\$2.179.788,8	12,19	43,27	\$7.737.445,56	\$644.787,13	\$483.590,35

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUZ MARY RONCANCIO GONZÁLEZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la fecha programada para resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A., y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 10 de junio de 2021 por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora María Camila Bedoya García, identificada con T.P. 288.820, para actuar como apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la misma entidad, en los términos y para los fines del poder general conferido a la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS S.A.S. a través de la Escitura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ MARY RONCANCIO GONZÁLEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en el mes de marzo del año 1995, con fundamento en que los asesores comerciales del fondo privado no le brindaron información completa, veraz y suficiente acerca de las implicaciones de su traslado de régimen, ni le advirtieron sobre las ventajas y desventajas de dicho cambio. Como consecuencia de lo anterior pide que se le ordene a COLPENSIONES recibir a la demandante en el RPM, con la totalidad de los ahorros que PORVENIR debe trasladar, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos su rendimientos y demás valores causados con motivos de su afiliación (ver demanda en folios 2 a 9 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a PORVENIR S.A., y advirtió que la actora se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales establecida en el artículo 2°, literal e de la Ley 797 de 2003, pues elevó la reclamación administrativa de traslado cuando contaba con 55 años de edad y no tenía semanas cotizadas para el 1° de abril de 1994. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación a folios 73 a 76 del expediente).

También contestó la demanda SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante decidió afiliarse a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR) de

manera libre e informada, después de haber sido plenamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales individuales, y advirtió que las características de la afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones en ambos regímenes pensionales se encuentran definidas en la ley. Además, considera improcedente declarar la nulidad de la afiliación ante la inexistencia de vicios en el consentimiento, o de causa y objetos ilícitos, y solicitó que en caso de conceder la nulidad y/o ineficacia del traslado, se ordene el traslado únicamente de los saldos de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos, de conformidad con lo establecido en el artículo 113, literal b, de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica* (ver contestación en folios 87 a 99 del expediente).

Termino la primera instancia con sentencia de 10 de junio de 2021, mediante la cual el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante LUZ MARY RONCANCIO GONZÁLEZ, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de la administradora HORIZONTE hoy representada por PORVENIR, el día 15 de febrero del año 1995, como consecuencia de lo anterior, ORDENAR al fondo PORVENIR, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante junto con sus rendimientos, a la administradora del Régimen de Prima Media COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, y los acredite como semanas efectivamente cotizadas teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual. Dada la consecuencia natural de esta ineficacia, conforme se expuso en la parte motiva. SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor*

ni en contra de ninguna de las partes. TERCERO: si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se remitirá al Superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta” (CD 3, audiencia virtual, hora 1, minuto 53:17).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no aportó prueba diferente al formulario de afiliación, para demostrar que a la demandante se le brindó información sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, lo cual no le permite establecer que la afiliación cumplió los presupuestos de libertad y voluntariedad, para reconocer que ésta operó bajo los parámetros del consentimiento informado.

RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión anterior presentó recurso de apelación la apoderada de PORVENIR S.A. Pide que se revoque en su totalidad el fallo proferido en primera instancia, con fundamento en que no se puede aplicar el precedente jurisprudencial trazado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera objetiva, pues se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, y advirtió que para la fecha en que operó el traslado de régimen pensional solo se requería que el afiliado expresara la voluntad de su afiliación con el diligenciamiento del correspondiente formulario, no obstante lo anterior, el fondo privado brindó asesoría oportuna sobre las implicaciones del traslado, las condiciones pensionales de la demandante y el funcionamiento del RAIS. Además, considera que operó el fenómeno denominado *saneamiento del consentimiento por ratificación tácita*, pues la demandante realizó aportes de manera personal y voluntaria, y ratificó su permanencia con el pasar del tiempo, y refiere que no se puede predicar la ineficacia de la afiliación por el hecho de que no se cumplió la expectativa pensional de la demandante (CD 3, audiencia virtual, hora 1, minuto 55:11).

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 32 años de edad y había cotizado 43.29 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no reportaba cotizaciones en el Sistema², y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido el requisito de edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver cédula de ciudadanía aportada con el expediente administrativa y presentación de la demanda a folio 27 del expediente).

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 Ver historial laboral de COLPENSIONES aportada con el expediente administrativo aportado por la entidad demandada (CD 2).

² *Ibídem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, según el cual se debe 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's 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,*

³ 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".

⁴ 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 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) que 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 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” (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 la AFP PORVENIR S.A. (por absorción de la AFP HORIZONTE) no probó haberle brindado *toda la información pertinente*

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 (el 15 de febrero de 1995), 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues 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”*. Esta Sala estima que el interrogatorio de parte rendido por la demandante (CD 3, audiencia virtual, minuto 40:33) no es prueba de que se le haya brindado información a la afiliada en los términos establecidos por la Corte, pues ella indicó que asesores comerciales del fondo privado brindaron información mediante asesoría grupal, en la empresa para la que ha laborado durante los últimos 27 años (MARKET MEDIOS COMUNICACIONES SA), en la cual afirmaron que el fondo privado brindaba mejores condiciones, como pensionarse antes de la edad exigida o retirar su plata en cualquier momento. Además, en el caso bajo estudio, el fondo no respetó el tiempo mínimo de permanencia de tres (3) años contados a partir de la selección inicial de régimen pensional, de conformidad con lo establecido el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, literal e) antes de las modificaciones⁵, dado que la selección inicial la hizo el 4 de mayo de 1994 cuando se afilió al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, hecho que se obtiene de la historia laboral de COLPENSIONES aportada con el expediente administrativo (CD 2), y el traslado al RAIS se realizó un año después, el 15 de febrero de 1995.

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*

⁵ *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional”*.

produjo efectos” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia de la actora en el RAIS.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para: (i) ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en dicho régimen, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), Corporación que ha estimado que esta declaración (la ineficacia), obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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); y (ii) declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en la que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

DECISION

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

RESUELVE

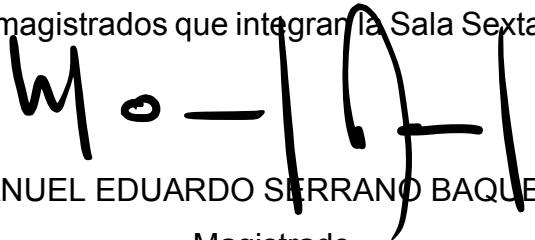
1. ADICIONAR la sentencia de primera instancia, para CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de LUZ MARY RONCANCIO GONZÁLEZ en el RAIS, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

2. DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

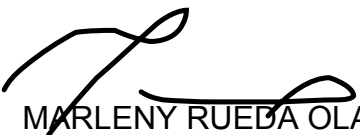
3. COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

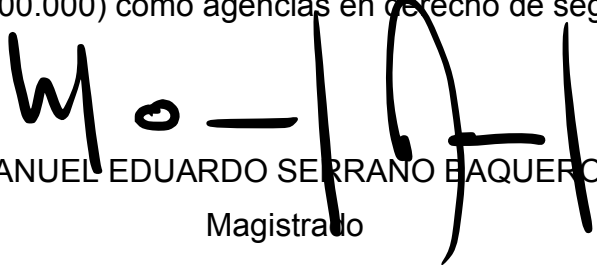
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) 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 CARMEN AMALIA ROJAS JIMÉNEZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la sentencia dictada el 2 de junio de 2021 por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora María Camila Bedoya García, identificada con T.P. 288.820, para actuar como apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la misma entidad, en los términos y para los fines del poder general conferido a la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS S.A.S. a través de la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CARMEN AMALIA ROJAS JIMÉNEZ presentó demanda contra la 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 de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 4 de julio de 1996, con fundamento en que el cambio de régimen pensional no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió. Como consecuencia de lo anterior pide que se valide la afiliación de la actora en el RPM sin solución de continuidad, y se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales de la afiliada (ver demanda en folios 2 a 9 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a COLFONDOS S.A., y señaló que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado por lo que se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso. Además, advirtió que la actora se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales establecida en el artículo 2°, literal e de la Ley 797 de 2003, pues elevó la reclamación administrativa cuando contaba con 58 años de edad. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación a folios 67 a 70 del expediente).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado. No se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas ni formuló excepciones de fondo, pero advirtió que COLFONDOS S.A. realizaba asesorías de manera presencial y verbal, pues para la época en la que operó el traslado de régimen pensional no era obligación de los fondos conservar prueba documental más allá del formulario

de afiliación. Solicitó que no se le imparta condena en costas procesales y agencias en derecho en su contra (ver contestación en folios 89 a 91 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia de 2 de junio de 2021, mediante la cual el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante CARMEN AMALIA ROJAS JIMÉNEZ, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de la administradora COLFONDOS S.A. el día 4 de julio del año 1996, como consecuencia de lo anterior ORDENAR a COLFONDOS S.A. traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante, al régimen de prima media a través de la administradora COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, dada la consecuencia natural de esta ineficacia. SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes. TERCERO: si la presente providencia no fuere impugnada, remítanse al Superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta respecto de COLPENSIONES”* (CD 2, audiencia virtual, minuto 42:49).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLFONDOS S.A. con su allanamiento reconoció su incumplimiento del deber de información al momento del traslado de la demandante. En consecuencia, ordenó trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada con los rendimientos financieros, a fin de que con ello se financien los derechos pensionales a los que haya lugar.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y no haber sido apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del 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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 211.29 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 2 años, 10 meses y 23 días)², y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido el requisito de edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver cédula obrante a folio 10 y presentación de la demanda a folio 65 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 Ver historial laboral de COLPENSIONES obrante a folio 11 del expediente y en el expediente administrativo aportado por la entidad demandada (CD 1).

² *Ibidem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, según el cual se debe 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's han tenido siempre la obligación de brindar información 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"*

³ 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".

⁴ 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"*.

voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) que 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 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” (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 la AFP COLFONDOS S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* 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 (el 4 de julio de 1996), 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas

que pudiera tener para cada afiliado pues 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”*.

Esta Sala estima que los el interrogatorio de parte rendido por la demandante (audiencia virtual, minuto 11:40), no es prueba de que se le haya brindado información a la afiliada en los términos establecidos por la Corte, pues ella indicó que asesores comerciales de COLFONDOS S.A. llegaron a su área de trabajo, reunieron a un grupo de 30 trabajadores, y les informaron que la situación del Seguro Social estaba muy mal, pues no tenía solvencia financiera y los servicios que ofrecía estaban bastante deteriorados, situación que estaba siendo expuesta en medios de comunicación y en noticias, por lo que tenía la opción de trasladarse a los fondos privados con mayores beneficios, resaltando que le indicaron que la mesada pensional iba a ser mucho mejor en el RAIS.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia de la actora en el RAIS.

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para: (i) ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en dicho régimen, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), Corporación que ha estimado que esta declaración (la ineficacia), obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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); y (ii) declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de CARMEN AMALIA ROJAS JIMÉNEZ en el RAIS, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
2. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
3. **SIN COSTAS** en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ÁNGELA MARÍA HURTADO TOBÓN CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 23 de junio de 2021 por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, 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, ÁNGELA MARÍA HURTADO TOBÓN 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* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en mayo de 2001, con fundamento en que no se le brindó información clara y suficiente sobre las consecuencias del traslado, omitiendo información sobre los riesgos que debería asumir y sobre las ventajas y desventajas de

ambos regímenes pensionales. Adicionalmente, PROTECCIÓN S.A. no informó la posibilidad de traslado ante de que se encontrara a menos de 10 años de reunir el requisito de edad pensional. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes cotizados en el RAIS con destino a COLPENSIONES, con rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales, y se le ordene a esta última entidad que acepte dichos aportes y la acepte como su afiliada sin solución de continuidad (ver demanda de folios 59 a 72 y 10 a 114 y CD 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que otorgó información suficiente y necesaria para que la demandante tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera libre, voluntaria e informada, conforme los requisitos y características vigentes para la época, conforme se evidencia con el formulario de afiliación debidamente suscrito por la accionante, teniendo en cuenta que la proyección se efectúa con la información aportada en ese momento, por lo que se debe calcular nuevamente la mesada pensional que correspondería en la actualidad, según varias circunstancias, como número de hijos, estado civil, etc. Adicionalmente, la ignorancia de la Ley no genera vicio en el consentimiento, pues allí se encuentran plasmadas las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen, los cuales son distintos y excluyentes entre sí, conforme a lo cual la accionante debió tomar su decisión de afiliación, y la entidad cuenta con distintos medios de comunicación para que los afiliados efectúen consultas sobre su situación pensional. Agregó que la demandante se encuentra incurso en prohibición contenida en el artículo 13 literal e de la Ley 100 de 1993, sin que se haya evidenciado que sea beneficiaria del régimen de transición. En cuanto a los gastos de administración, indicó que los mismos se descuentan por disposición legal y al no estar destinados al reconocimiento pensional, son susceptibles de prescribir y, en todo caso, su devolución implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, máxime los relativos al seguro previsional, cuyo riesgo fue debidamente asumido durante

la vinculación de la actora. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de AFP Protección S.A., inexistencia de perjuicios, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa para pedir y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y genérica* (ver contestación en los folios 123 a 128).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderado, también contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado que realizó la demandante se efectuó de forma libre, espontánea y voluntaria de conformidad con la normatividad vigente para la época, y se reafirma su intención mantenerse en dicho régimen, pues permaneció afiliada durante más de 16 años, sin que hubiera manifestado intención de trasladarse cuando se encontraba facultada para ello, manifestación que ya no es de recibo pues se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 para trasladarse entre regímenes pensionales. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en los folios 151 a 156 y 170).

Terminó la primera instancia con sentencia de 23 de junio de 2021, mediante la cual el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que se surtió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el día 22 de octubre del año 2001, por parte de la demandante, señora ÁNGELA MARÍA HURTADO*

TOBÓN, identificada con la cédula de ciudadanía No. 30.294.942, con destino a la AFP SANTANDER, hoy AFP PROTECCIÓN S.A., traslado este que conlleva cotizaciones efectuadas para el fondo privado desde mayo del año 2001. SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración del numeral primero que antecede, se CONDENA a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, señora ÁNGELA MARÍA HURTADO TOBÓN, y con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, respecto de la totalidad de los valores de que consta la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los valores que hagan referencia a cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, entre otros, con todos sus frutos e intereses, y en general todo valor que se haya recibido con motivo de las cotizaciones efectuadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. TERCERO: Se CONDENA a COLPENSIONES a recibir la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, conforme se condenó en el numeral segundo que antecede, y a validar la historia laboral de cotizaciones de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual se declara, es el único al que válidamente se ha encontrado afiliada la demandante en el Sistema General de Pensiones. CUARTO: Se DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado. QUINTO: Se CONDENA a la parte demandada a costas en la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por Secretaría incluyendo el monto de UN (1) SMLMV a cargo de la AP PROTECCIÓN S.A., y de ¼ de SMLMV a cargo de COLPENSIONES, por concepto de las agencias en derecho. Practíquese la liquidación por Secretaría” (CD 3 Hora 1:54:02).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que las pruebas aportadas al proceso no permite establecer que para el momento del traslado de régimen el fondo privado hubiese puesto de presente las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, advirtiendo que para demostrar un consentimiento informado no es suficiente la suscripción

del formulario de afiliación, así como tampoco se ratificó ésta por el paso del tiempo. Agregó que no se desprende confesión alguna del interrogatorio de parte a la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso a fin de que se revoque parcialmente la condena en lo que respecta a la devolución de los gastos de administración, pues los mismos se descontaron conforme a la legislación vigente y, en todo caso, también se descontarían en el RPM. Adicionalmente, se trata de recursos que ya han sido girados a terceros, por lo que la administradora no cuenta con los mismos y precisamente a raíz de su buena gestión se han generado los rendimientos obrantes en la cuenta de la demandante, por lo que lo mínimo sería que se reconocieran dichos valores por su gestión (CD 3 Hora 1:57:17).

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada pide que se adicione la sentencia dictada en cuanto los aportes, rendimientos y demás valores se devuelvan de manera indexada, para *observar* el equilibrio financiero y la sostenibilidad del sistema. Además, solicita se revoque la condena en costas impuesta a dicha entidad, por considerar que COLPENSIONES no podría dejar sin efecto el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, por tratarse de un acto del que no hizo parte (CD 3 Hora 1:58:59).

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 36

años de edad y había cotizado 95,86 semanas al ISS¹ y 1 año 1 mes y 18 días a CAJANAL²; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 2 años 9 meses y 29 días)³; y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver folios 4 y 73).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{4 5}, según

¹ Ver historia laboral actualizada emitida por COLPENSIONES, de folios 43 a 46 y 157 a 160, y en el Expediente Administrativo en CD 2.

² Ver certificado de información laboral emitido por la Secretaría de Salud de Casanare (folios 33 a 35).

³ *Ibidem*.

⁴ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia*”.

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios*

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

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

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”.

transición: *“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) que 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 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”* (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 la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* al demandante 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener 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”*.

En el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que su traslado obedeció a una reunión grupal en la que

los asesores de la AFP, se centraron principalmente en que el ISS se iba a acabar y que *seguramente* obtendrían una pensión superior y en menos tiempo si se afiliaban a dicha entidad, sin referir las condiciones necesarias para ello. Adicionalmente, les indicaron que podrían trasladarse en cualquier momento de administradora, sin señalar que existía un límite temporal para ello (CD 3 Min. 40:50).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la permanencia del actor en el RAIS.

En respuesta a los recursos interpuestos, también se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, para lo cual se sigue también el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones).

Conforme lo establece el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁶ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el Juez de primera instancia.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan 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 incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente se confirmará la condena en costas que se le impuso a COLPENSIONES en primera instancia, pues el artículo 365 del CGP ordena dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y pierde el proceso, lo que ocurrió con colpensiones en el caso bajo estudio (ver contestación en los folios 151 a 156 y 170).

COSTAS en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

DECISIÓN

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

⁶ “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”.

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para (i) **ORDENAR** que las sumas correspondientes a gastos de administración se deberán entregar a COLPENSIONES debidamente indexados; y para (ii) **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

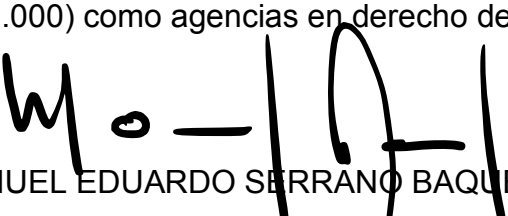
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) 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 FERNANDO OVALLE CASTRO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 23 de junio de 2021 por el Juez Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora María Camila Bedoya García, identificada con T.P. 288.820, para actuar como apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la misma entidad, en los términos y para los fines del poder general conferido a la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS S.A.S. a través de la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FERNANDO OVALLE CASTRO 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 RPM al RAIS ocurrido el 30 de agosto de 1994, con fundamento en que el cambio de régimen pensional no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió. Como consecuencia de lo anterior pide que se valide la afiliación del actor en el RPM sin solución de continuidad, y se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales del afiliado (ver demanda en folios 2 a 9 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado fue realizado por el demandante de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, y advirtió que COLPENSIONES actuó de buena fe y en estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 68 a 77 y subsanación a folio 125 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación del demandante a HORIZONTE (hoy PORVENIR) fue una

decisión informada, libre de presiones o engaños, pues conocía plenamente las implicaciones de su decisión, tal y como se observa en el formulario de vinculación que suscribió, y advirtió que ratificó su voluntad de afiliación con el traslado que realizó a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR). Además, señaló que al demandante se le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica* (ver contestación en folios 82 a 98 del expediente).

Termino la primera instancia con sentencia de 23 de junio de 2021, mediante la cual el Juez Cuarenta y uno (41) 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).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por FERNANDO OVALLE CASTRO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A a trasladar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor. CUARTO: CONDENAR en costas incluidas las agencias en derecho a cada una de las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, y a favor del demandante en la suma de un millón de pesos. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SEXTO: remitir copia de la Providencia a la Agencia Nacional de Defensa el Estado conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 2021. SÉPTIMO: 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 de COLPENSIONES” (CD 3, audiencia virtual, minuto 59:18).

Para tomar su decisión, el Juez advirtió que no se probó la suscripción del formulario de afiliación para trasladar al demandante de régimen pensional, por lo que no hay prueba idónea que demuestre que la decisión de traslado se efectuó de forma libre, voluntaria y sin presiones.

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la decisión anterior presentaron recurso de apelación los apoderados de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES.

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderado pide que se revoque el fallo en su integridad, toda vez que el consentimiento informado que expresó el demandante se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, el cual firmó en ejercicio de la libre escogencia de régimen pensional y del principio de autonomía de la voluntad privada, y lo hizo de forma libre, espontánea y sin presiones, después de haber sido asesorado sobre los efectos de dicho traslado. De forma subsidiaria, solicita que se revoque la condena que le fue impuesta a la devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, pues en estos casos solo es procedente la devolución del capital existente en la cuenta de ahorro individual, y advirtiendo que dada la ineficacia del acto jurídico se debe entender que no se podían generar rendimientos financieros, y que el porcentaje que corresponde a los gastos de administración es descontado en ambos regímenes pensionales, sirvieron para que el fondo adelantara las gestiones pertinentes para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual, y no forman parte integral de la pensión de vejez, por lo que de todas formas se encuentran

afectados por el fenómeno prescriptivo (CD 3, audiencia virtual, hora 1, minuto 1:00)¹.

La apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso a fin de que se revoque la condena en costas procesales que se le impuso en primera instancia. Afirma que esta entidad no tenía competencia para dejar sin efectos el negocio jurídico que celebró el demandante con el fondo privado, pues no hizo parte ni

¹ “Muchas gracias su señoría, su señoría de manera muy respetuosa presentó el recurso de apelación contra la decisión emitida por el Despacho teniendo en cuenta los siguientes aspectos a valorar, en primer lugar para declarar la ineficacia por parte del fallador de primera instancia pues aconteció respecto al deber de información como una obligación que de ser probada por parte de mi representada pues debe suministrar una información clara y suficiente sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional, por lo tanto pues no se valoró, no se valoró que el consentimiento de informado para su libre escogencia pues se materializó con la suscripción de la afiliación, documento público en el que expresaba que el actor hacía constar que realizaba de forma libre, espontánea y sin presiones pues la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre los efectos, sobre este y donde entre otros conceptos conforme pues lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 del 93, es decir no se trata de una simple declaración vacía, incluida en un formato de afiliación sino de un requerimiento legal expresamente señalados sobre la firma de la parte demandante que se presume una persona capaz para obligarse y es que en el hipotético de aceptar que la voluntad del afiliado fue viciada por la ausencia total de la información o que ésta fue insuficiente al momento de realizar el traslado, es incuestionable, inocultable que siempre se le garantiza el derecho de retracto pues así lo dispuso inicialmente el artículo 3 del Decreto 1161 del año 94 también en el literal e del artículo 3 original 100 del 93 y la modificación introducida en el artículo 2 de la ley 797 del año 2003, pero además con la declaratoria de la ineficacia de traslado entre regímenes especiales conoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con que contaba el demandante, definido en jurisprudencia constitucional en sentencia 341 del año 2006 como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante los intereses y él y los derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones y pues que se respete el orden público y las buenas costumbres, sin perjuicio a lo anterior pues tampoco procederá a la condena por la devolución de los gastos de administración de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2, inciso 2, perdón del artículo 20 de la Ley 100 del 93 también en el régimen de prima media pues se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia y dichos gastos de administración pues no forman parte integral de la pensión de vejez y por ende están sujetos al fenómeno prescriptivo, por lo tanto pues de igual manera merece ... que el hecho de ordenar este traslado de gastos de administración pues se configura un enriquecimiento ilícito a favor de la demandada en la medida en que no hay norma que disponga tal devolución pues en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes el artículo 103 literal b de la Ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen pensional, eso es el saldo, el saldo de la cuenta individual, incluido los rendimientos, lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende pues no pertenecen a él sino al fondo privado como contraposición a la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado. Igualmente pues con la declaratoria de la ineficacia pues esto conllevaría a que el acto jurídico nunca hubiese existido y no podría pues conllevar a la devolución de rendimientos financieros en este aspecto, por lo anterior solicitó que muy atablemente a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá revocar en su integridad la sentencia emitida por el Despacho, muchas gracias”.

tuvo injerencia en dicho acto, y advirtió qu la negativa de recibir nuevamente al afiliado en el año 2019, encuentra sustento en la restricción legal para trasladarse de régimen (CD 3, audiencia virtual, hora 1, minuto 4:28)².

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

² “Sí señor Juez, siendo este el momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por el Despacho, solicitando respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la condena en costas interpuesta a mi representada, en el sentido de que si bien, entre el afiliado y el fondo privado se celebró un contrato y teniendo en cuenta la teoría de los negocios jurídicos y la autonomía de la voluntad correspondiente... o dejar sin efecto ese acto celebrado, por lo dicho para el momento en que la demandante solicitó el traslado del régimen, fundamentado en la realidad del traslado por error o por engaño, no era COLPENSIONES, sí señor Juez...que pena señor Juez me puede repetir, no le escuche...correcto señor Juez entonces retomo nuevamente la idea, respetuosamente interpongo recurso de apelación de forma parcial, solicitando respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se revoque el fallo en el sentido en la condena interpuesta a mi representada, en cuanto a costas procesales esto teniendo en cuenta que entre el afiliado y el fondo privado se celebró un contrato y teniendo en cuenta la teoría de los negocios jurídicos y la autonomía de la voluntad correspondía únicamente a las partes decidir modificar o dejar sin efecto ese acto celebrado, por lo dicho para el momento en que el demandante solicitó el traslado de régimen fundamentado en la nulidad del traslado por error o por engaño no era COLPENSIONES la competente para dejar sin efecto un negocio del cual no hizo parte, por lo que al no estar de acuerdo en ello las partes corresponde únicamente a los jueces como administradores de Justicia decidir si existió o no alguna razón para dejar sin efecto el contrato celebrado, en el presente proceso se decidió por el Despacho declarar la ineficacia del traslado realizado y en este sentido ante dicha decisión, teniendo en cuenta que se declaró que precisamente ese acto carecía de eficacia y debería absolverse a mi representada de las costas procesales, esto teniendo en cuenta que la misma no se puede ver afectado por un acto que en principio carecía de eficacia y del cual pues la misma no hizo parte, resaltándose que COLPENSIONES actúa como un tercero de buena fe dentro de, dentro del presente proceso y la negativa de retornar al demandante al régimen de prima media y la cual se elevó para el año 2019 pues se basó precisamente en una prohibición legal, en este sentido dejó sustentado mi recurso de apelación, muchísimas gracias”.

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 30

años de edad y había cotizado 97.29 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año, 1 mes y 18 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de diez años para cumplir la edad de pensión (tenía 54 años de edad y la edad de pensión para los hombres es de 62 años – ver cédula aportada a folio 2 del plenario y presentación de la demanda a folio 39).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{5 6}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada por ambas partes en folios 4 y 78 del expediente y en el expediente administrativo aportado en medio magnético (CD 1).

⁴ *Ibídem*.

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”.

circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar información 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“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) que 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 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” (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 la AFP PORVENIR S.A. (por absorción de la AFP HORIZONTE) no aportó el formulario de afiliación suscrito por el demandante para efectuar el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni probó haberle brindado *toda la información pertinente* en ese momento (30 de agosto de 1994 conforme el historial de vinculaciones en la base de datos SIAFP), 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues 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*”.

Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió el demandante, este no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que para la época del traslado trabajaba para *Gas Consul*, empresa que hacía parte del grupo económico de Ardila Lulle, por lo que asesores del fondo privado parte del mismo grupo económico (la AFP HORIZONTE) fueron a su lugar de trabajo y le dijeron que su mejor opción era trasladarse al fondo privado, pero no le suministraron información sobre los requisitos para acceder al derecho pensional en ambos regímenes pensionales, ni sobre las modalidades de

pensión en el RAIS, ni de la posibilidad de efectuar aportes voluntarios (CD 3, audiencia virtual, minuto 8:25).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la permanencia del actor en el RAIS o por posteriores traslados entre fondos pensionales; la afiliación inicial operó el 30 de agosto de 1994 a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR), y posteriormente, se trasladó a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR) el 12 de febrero del año 1997 (ver historial de vinculaciones – SIAFP a folio 99 y formulario de afiliación a COLPATRIA a folio 100 del expediente).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de todos los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, pues así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema en el precedente quen se está siguiendo (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), y por ello no opera el fenómeno prescriptivo sobre dichos valores.

Por lo mismo, dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de

1993⁷, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el juez de primera instancia.

Adicionalmente, conociendo en consulta y apelación a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan 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 incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas que se le impuso 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, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en los folios 68 a 77 del plenario).

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

DECISIÓN

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

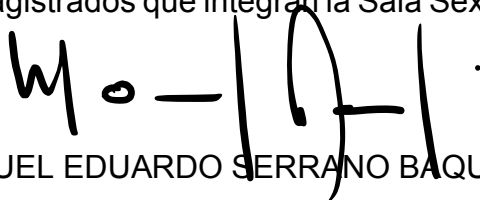
RESUELVE

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

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) 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 JOSÉ CRISTÓBAL CASTRO ANTONIO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD JARDICOL LTDA Y LOS HEREDEROS
DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE LUCAS ALFREDO ROSERO
SOLARTE**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de enero de 2021. En ella se CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar: (i) el retroactivo de las mesadas causadas entre el 14 de septiembre de 2013 y el 4 de septiembre de 2015, sobre 14 mesadas anuales de una pensión de vejez reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, junto con los intereses moratorios que se generen; y, (ii) los intereses moratorios que se generaron sobre las mesadas pensionales causadas entre el 5 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2018, por haber sido pagadas de forma tardía.

Téngase a la abogada Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con T.P 303.924, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOSÉ CRISTOBAL CASTRO ANTONIO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD JARDICOL LTDA Y LOS HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE LUCAS ALFREDO ROSERO SOLARTE (quién fungió como Representante Legal de la SOCIEDAD JARDICOL LTDA), para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor pensión de vejez con fundamento en las normas aplicables a los beneficiarios del régimen de transición, teniendo en cuenta los tiempos de servicio que prestó para la SOCIEDAD JARDICOL LTDA entre el 1° de noviembre de 1993 y el 15 de septiembre de 1994 los cuales deben ser pagados por el empleador mediante cálculo actuarial dada su omisión en afiliarlo al Sistema de Pensiones durante dicho lapso. Pide que se le ordene (i) al empleador (SOCIEDAD JARDICOL LTDA representada actualmente por HORTENSIA ORTEGÓN DE ROSERO) el pago de los aportes para pensión del demandante comprendidos entre el 1° de noviembre de 1993 y el 15 de septiembre de 1994, y (ii) a COLPENSIONES, pagar el derecho pensional a partir del 14 de marzo de 2005, junto con los intereses moratorios que se generen y el pago indexado de cada una de las mesadas.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que fue contratado el 1° de noviembre de 1993 por LUCAS ALFREDO ROSERO SOLARTE (representante legal de JARDICOL LTDA en la época) para desempeñar el cargo de conductor y su empleador que no lo afilió al sistema de pensiones durante el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 1993 y el 15 de septiembre de 1994, advirtió que el pago del cálculo actuarial que reclama se encuentra a cargo de HORTENSIA ORTEGÓN DE ROSERO por ser actualmente la representante legal de la SOCIEDAD JARDICOL LTDA y de

los HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS de LUCAS ALFREDO ROSERO SOLARTE (representante legal de dicha sociedad para la época en que el demandante prestó sus servicios). Además, manifestó que ya había adelantado una demanda para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez dentro del proceso ordinario laboral que se tramitó con el radicado No 17 2013 00647 00, e informó que en dicho proceso el juez de primera instancia reconoció el derecho pensional pero que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocó dicha decisión con base en que el demandante no se encontraba afiliado al ISS para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (ver demanda en las páginas 4 al 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que al demandante no se le pueden aplicar las normas del régimen de transición porque no se encontraba afiliado al Sistema de Pensiones para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994). De todas formas, considera que sobre las materias que aquí se plantean operó el efecto de cosa juzgada, si se tiene en cuenta que la pensión de vejez fue negada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia proferida dentro del proceso ordinario laboral No. 11001-31-05-017-2013-00647-00. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción, cosa juzgada e innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 84 a 91 del expediente digital, trámite de primera instancia).

También contestaron la demanda la SOCIEDAD JARDICOL LTDA y LOS HEREDEROS DETERMINADOS de LUCAS ALFREDO ROSERO SOLARTE (HORTENSIA ORTEGÓN DE ROSERO, CAROLINA ROSERO ORTEGÓN, JAVIER ROSERO ORTEGÓN, DIANA ROSERO ORTEGÓN y RONAL ROSERO ORTEGON), a través de apoderado. Se opusieron a las pretensiones dirigidas con fundamento en que el valor del cálculo actuarial que

corresponde a los periodos de cotización comprendidos entre el 1° de noviembre de 1993 y el 15 de septiembre de 1994 fue efectivamente pagado el 6 de diciembre de 2016, en cuantía de \$7.075.042, a través de consignación bancaria efectuado con destino a COLPENSIONES. Además, advirtió que la relación laboral del demandante con LUCAS ALFREDO ROSERO SOLARTE inició de forma verbal el 1° de noviembre de 1993 y que los aportes se comenzaron a efectuar a partir del 1° de enero de 1995 hasta el 29 de febrero de 2008, cuando terminó el contrato de trabajo. Propuso las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado* y la *innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 119 a 127 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Finalmente, contestó la demanda el curador *ad-litem* designado para representar los intereses de los HEREDEROS INDETERMINADOS de LUCAS ALFREDO ROSERO SOLARTE. No presentó oposición a las pretensiones incoadas y manifestó que le corresponde a la parte actora demostrar la causal invocada en la demanda. Propuso la excepción *genérica o innominada* (ver contestación en las páginas 208 a 210 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia proferida el 27 de enero de 2021, a través de la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar (i) el retroactivo de las mesadas causadas entre el 14 de septiembre de 2013 y el 4 de septiembre de 2015 de una pensión de vejez reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en la suma total de \$17.185.116, junto con los intereses moratorios que se generen, y los intereses moratorios que se generaron sobre las mesadas pensionales causadas entre el 5 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2018, por haber sido pagadas de forma tardía, los cuales ascienden a la suma total de \$33.887.911.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de cosa juzgada propuesta por COLPENSIONES y DECLARAR NO PROBADA la de inexistencia del derecho propuesta por los otros demandados, y se DECLARA PROBADA EN FORMA PARCIAL la excepción de prescripción, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a reconocer y pagar al demandante señor JOSÉ CRISTÓBAL CASTRO ANTONIO identificado con la C.C. 4.082.469 la suma de \$17.185.116, por concepto de mesadas causadas y no prescritas entre el 14 de septiembre de 2013 y el 4 de septiembre de 2015. TERCERO: SE AUTORIZA a COLPENSIONES para que del valor del retroactivo ya indicado, descuente en el porcentaje que corresponda, los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, según las consideraciones expuestas. CUARTO: SE CONDENA a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, por concepto de intereses moratorios la suma de \$33.887.911,71, aplicados respecto de las mesadas causadas entre el 5 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2018. QUINTO: SE CONDENA a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante los intereses de mora respecto de las mesadas causadas entre el 14 de septiembre de 2013 y el 4 de septiembre de 2015, mesadas que no han sido pagadas y para liquidar los intereses de mora respectivos deberá aplicar la tasa de interés moratorio vigente, máxima tasa vigente, al momento en que se efectúe el pago de las mesadas insolutas. SEXTO: SE DISPONE absolver a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, de manera específica la indexación que fue solicitada. SÉPTIMO: SE ABSUELVE a los codemandados JARDICOL LTDA., y a los señores HORTENSIA ORTEGÓN DE ROSERO, CAROLINA ROSERO ORTEGÓN, JAVIER ROSERO ORTEGÓN, DIANA ROSERO ORTEGÓN y RONAL ROSERO ORTEGÓN como herederos determinados del señor LUCAS ALFREDO ROSERO SOLARTE, y a los herederos indeterminados, de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO: SE CONDENA EN COSTAS a COLPENSIONES en proporción del 80%, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$3.000.000 M/Cte. NOVENO: SE ABSTIENE el Despacho de imponer condena en costas a los demás demandados, según las razones expuestas en precedencia” (audiencia virtual, hora 1, minuto 2:00).

Para tomar su decisión y dado que en el transcurso del proceso la sociedad JARDICOL LTDA pagó el cálculo actuarial que corresponde a los aportes pensionales reclamados y con la inclusión de dichos tiempos COLPENSIONES reconoció a su favor la pensión de vejez a partir del 5 de septiembre de 2015, el Juez de primera instancia estudió si el derecho pensional había sido reconocido en debida forma, advirtiendo que no se encuentra probada la excepción de cosa juzgada pues no se presenta identidad de hechos ni de pretensiones entre el proceso ordinario laboral No 17 2013 00647 y el que aquí se estudia. En este orden de ideas, concluyó la procedencia del pago de la prestación –por prescripción– a partir del 14 de septiembre de 2013 en 14 mesadas al año, y condenó a la entidad demandada a pagar el retroactivo pensional causado entre esa fecha y el 4 de septiembre de 2015, junto con los intereses moratorios que se generen. También dispuso el pago de intereses moratorios sobre las mesadas pagadas de forma tardía en la Resolución SUB 309405 del 27 de noviembre de 2018 (es decir, sobre las causadas entre 5 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2018).

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia para que se le absuelva a la entidad de todas las pretensiones incoadas, y de forma subsidiaria se revoquen las condenas al pago de la prestación sobre 14 mesadas anuales, al pago de intereses moratorios, y al pago de costas y agencias en derecho. Afirma que si bien el demandante cumplió el requisito de edad de acceso al derecho pensional el

13 de marzo de 2005, no había operado su desafiliación del Sistema pues realizó cotizaciones hasta el mes de octubre de 2014, y advirtió que el derecho pensional no se reconoció desde una fecha anterior pues ello implicaba dejar por fuera semanas que sirven para aumentar la tasa de reemplazo. Considera improcedente (i) reconocer el derecho pensional sobre 14 mesadas anuales, pues la mesada adicional de junio dejó de reconocerse a partir del año 2011, (ii) el reconocimiento de intereses moratorios dado que el demandante solo elevó reclamación administrativa cuando se obtuvo el pago del cálculo actuarial del empleador omiso, en el año 2018, y en virtud de dicha reclamación COLPENSIONES procedió a reconocer de forma oportuna el derecho pensional, y (iii) la condena en costas (audiencia virtual, hora 1, minuto 5:33)¹.

¹ “Gracias, señor juez. Encontrándome dentro de la oportunidad procesal y de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de adoptar el despacho, sustentándola en los siguientes puntos. Como quedó indicado por parte del despacho y como así lo reconoció la parte actora, y representa mediante resolución SUB 309405 del 27 de noviembre del 2018, se reconoció una pensión de vejez en aplicación a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100, en concordancia con el Decreto 758 de 1990 a favor del demandante, pretensión que se requería o que se indicaba en el libelo introductorio del presente proceso. Aunado a lo anterior, es preciso identificar que, tal y como se observa en esta resolución, se tomaron un total de 750 semanas para efectuar la liquidación de la pensión reconocida al demandante. Estas 750 semanas corresponden a los periodos efectivamente cotizados desde el 1° de noviembre de 1993 hasta el 1° de octubre del 2014, por lo cual, si bien el demandante acreditó la edad de 60 años el 13 de marzo del 2005, tal y como lo indica el Decreto 758 de 1990, la prestación a reconocer no pudo, en ningún caso, haberse reconocido desde el momento en el que cumple el requisito de edad, porque el demandante realizó cotizaciones hasta el mes de octubre del año 2014. En ese sentido, desde ese momento se empieza a contabilizar las mesadas que se debieron haber reconocido por parte de mi representada a favor del demandante y no, como lo afirma el despacho, desde el cumplimiento de los 60 años del demandante, esto es del 13 de marzo del 2005. En este sentido, afirmar que, en consideración a la figura prescriptiva, la prestación pensional debió haberse reconocido, tal y como lo afirma el despacho desde el 14 de septiembre del 2013 -reiterando atendiendo a la figura prescriptiva- pues es un concepto que no comparte esta defensa, teniendo en cuenta que el demandante realizó -reiteró- cotizaciones hasta el mes de octubre del año 2014. En ese sentido, es desde ese momento en el que se debe reconocer el retroactivo pensional. Aunado a lo anterior, tampoco comparte esta defensa que esta prestación

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Durante el trámite de este proceso se acreditaron ocurridos los siguientes hechos relevantes para resolver la instancia, sin controversia sobre su ocurrencia por las partes: i) que HORTENSIA ORTEGÓN DE ROSERO como Representante Legal de la SOCIEDAD JARDICOL LTDA pagó, el 29 de diciembre de 2016 (durante el trámite del presente proceso) el valor del cálculo

pensional deba reconocer 14 mesadas, recordando que tal y como lo indica el acto legislativo 01 de 2005, estas 14 mesadas dejaron de reconocerse a partir del año 2011. Y, pues reiterando, al demandante, se le tuvieron en cuenta todas y cada una de las semanas cotizadas, esto es, hasta el mes de octubre del 2014. Ahora bien, de no reconocerse esto, de no tener en cuenta que el demandante cotizó hasta el mes de octubre del 2014, no se podría liquidar la prestación con 750 semanas, si no con una densidad semanas inferior, lo que implicaría una disminución de la tasa de reemplazo que reconoció mi representada, que fue del 60%, lo cual pues va en desmejorado en detrimento del Derecho pensional que acreditó el demandante. Ello tiene implicación directa también con los intereses de mora, recordando además que mi representada no ha incumplido con los términos legales que recaen como administradora de pensiones al momento de reconocer las prestaciones a que ha tenido el derecho el demandante, recordando que en el 2008 el demandante no había acreditado los requisitos, particularmente el de la densidad de semanas que exige la ley para el reconocimiento pensional, y fue por esta razón que en ese momento no se le reconoció la prestación pensional. Recordando, además, que fue hasta el año 2018 que nuevamente acude a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES a solicitar el reconocimiento de una pensión de vejez y, efectivamente, mi representada, al evidenciar que el empleador omiso en el pago de los aportes había cancelado el cálculo actuarial, oportunamente reconoce la prestación pensional a partir de la resolución de la que ya se ha hecho mención en varias oportunidades. En ese sentido, no comparte esta defensa que se imponga una condena de reconocimiento de un retroactivo pensional desde el 14 de septiembre del 2013. Tampoco comparte esta defensa que se reconozca o que se condene a mí representa al pago de 14 mesadas. Tampoco comparte esta defensa que se imponga la condena a intereses de mora, máxime cuando mi representada ha cumplido con los términos para reconocimiento de las prestaciones que se ventilaron en el presente asunto. Y mucho menos comparte esta defensa que se imponga condena en costas, máxime cuando el pago del cálculo actuarial se hizo una vez se había iniciado el presente proceso y la prestación se reconoció oportunamente una vez se hizo la solicitud por parte del demandante. En ese sentido, señor juez, solicito al Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá absolver a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas en esta instancia. Muchas gracias.”.

actuarial que corresponde a los periodos de cotizaciones que laboró JOSÉ CRISTOBAL CASTRO ANTONIO entre noviembre de 1993 y septiembre de 1994, periodos que fueron incluidos por COLPENSIONES en la historia laboral del demandante (ver páginas 148 a 152 y 213 del expediente digital, trámite de primera instancia); y, ii) que mediante la Resolución SUB 309405 del 27 de noviembre de 2018, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a favor del demandante a partir del 5 de septiembre de 2015, en cuantía de 1 SMLMV, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición (ver páginas 244 a 253, ibídem). En esta última Resolución la entidad demandada realizó el cargue en la historia laboral del trabajador de los ciclos comprendidos entre el 1° de noviembre de 1993 y el 15 de septiembre de 1994 pagados por FLOR HORTENSIA ORTEGÓN DE ROSERO, y reconoció que el demandante adquirió el status pensional el 13 de marzo de 2005; pagó la suma total de \$19.117.727 por mesadas causadas entre el 5 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2018.

El Tribunal debe definir (i) si operó o no el efecto de Cosa Juzgada con las decisiones tomadas en el proceso ordinario laboral No 17 2013 00647 promovido por JOSE CRISTOBAL CASTRO ANTONIO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; y en dado caso, si procede (ii) el reconocimiento del retroactivo pensional que corresponde a las mesadas causadas entre el 14 de septiembre de 2013 y el 4 de septiembre de 2015, sobre 14 mesadas al año, (iii) si procede el reconocimiento de intereses moratorios sobre las mesadas referidas y/o sobre las mesadas pensionales causadas entre el 5 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2018 cuyo pago se realizó en la Resolución SUB 309405 del 27 de noviembre de 2018, y (iv) la condena a cargo de COLPENSIONES de las costas del proceso.

(i) COSA JUZGADA. El artículo 303 CGP asigna el efecto de COSA JUZGADA a las decisiones que han definido previamente un litigio, cuando se haya estudiado el mismo objeto, por los mismos hechos, y exista identidad

jurídica entre las partes. Al respecto, y siguiendo la jurisprudencia de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, entiende el Tribunal que aunque dos procesos no sean absolutamente idénticos, si del núcleo de la causa -es decir los hechos debatidos-, de las pretensiones de ambos –causa-, y de las partes que participaron en la decisión, se evidencia una identidad esencial que permita inferir razonablemente que la segunda acción busca replantear la misma cuestión litigiosa, habrá ocurrido el efecto de cosa juzgada respecto de la decisión inicialmente adoptada.

Si ello no ocurre se debe permitir que la justicia continúe con su accionar y defina la materia que se propone y que no ha sido resuelta.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado, además, que para que dicho efecto se pueda asignar *“en ambos procesos judiciales debe concurrir el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado, debe ser el mismo, esto es, el por qué se reclama”* (SL 1141 de 2016, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA y JORGE MARIO BURGOS RUIZ).

Con este referente normativo y jurisprudencial no encuentra ésta Sala de Decisión que concurren los elementos necesarios para configurar la cosa juzgada en la decisión que dictó el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de marzo de 2015, revocada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 7 de mayo de del mismo año, dentro del proceso con radicado No. 17 2013 00647 00 promovido por JOSÉ CRISTOBAL CASTRO ANTONIO contra COLPENSIONES², pues si bien en dicho proceso se expusieron pretensiones y hechos orientados al reconocimiento de la pensión de vejez a favor de JOSÉ CRISTOBAL CASTRO ANTONIO, en este expediente las partes son diferentes, y no hay identidad en los hechos que

² Las fechas de las sentencias proferidas se consultó en la páginas de consulta de procesos de la Rama Judicial, y la entidad demandada aportó con el expediente administrativo la contestación que presentó dentro del proceso ordinario laboral No. 17 2013 00647 00.

sirvieron de fundamento al derecho reclamado. En el proceso anterior la demanda se promovió únicamente contra COLPENSIONES, y en la presente se integró en la parte pasiva a la sociedad JARDICOL LTDA y as los herederos determinados e indeterminados de quien fungió como representante legal de la empresa cuando el demandante prestó sus servicios (LUCAS ALFREDO ROSERO SOLARTE), y los *hechos* y la *causa* son diferentes pues en el primer proceso no se discutió el pago de los aportes pensionales por el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 1993 y el 15 de septiembre de 1994 a cargo del empleador JARDICOL LTDA por la omisión o incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación laboral, cálculo actuarial que fue pagado en el curso de este proceso y en virtud del cual COLPENSIONES dispuso el reconocimiento del derecho pensional a su favor.

Se debe advertir, en atención a que la pensión de vejez es un derecho que el trabajador construye con los aportes que efectúa a largo de su vida laboral, que la decisión que niegue su reconocimiento porque no se encontraron demostrados los requisitos de acceso, no impide el reclamo judicial posterior cuando ocurran hechos o circunstancias sobrevinientes que modifiquen la situación jurídica del afiliado (como el pago extemporáneo de aportes mediante cálculo actuarial, o la corrección o actualización del historial de cotizaciones del afiliado, o el cumplimiento del requisito de edad, o el pago de aportes con posterioridad para completar el requisito de semanas cotizadas).

Pasa entonces la Sala a resolver las controversias que se plantearon en el recurso de apelación, y a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la discusión que se presentó en torno al pago del retroactivo pensional y de los intereses moratorios que se ordenaron a cargo de la entidad demandada.

(ii) RETROACTIVO PENSIONAL. Para resolver si procede el reconocimiento del retroactivo pensional que ordenó la sentencia de primera instancia, y en consonancia con reiterado criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debe recordar el Tribunal que el

cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios no siempre habilitan el pago de la primera mesada pensional. El ordenamiento jurídico exige para este efecto el retiro del afiliado del Sistema de pensiones, pues sólo cuando ello ocurre, se podrá entender renunciado el derecho que otorgan las normas legales a los afiliados a incrementar el valor de la pensión con cotizaciones adicionales al número mínimo que exige la Ley para acceder al derecho (artículo 35 del acuerdo 049 de 1990).

Dicha voluntad se puede manifestar de forma expresa, cuando se realizan los trámites administrativos de retiro, o se debe entender expresada tácitamente cuando el afiliado que cumple los requisitos legales para acceder a la pensión deja de efectuar aportes al Sistema, o cuando eleva la reclamación de su pensión con los requisitos cumplidos, pues en ambas situaciones se puede entender razonablemente su renuncia al derecho que protege la norma, consistente –se repite– en obtener aumentos en su pensión por cotizaciones adicionales a las mínimas que exige la Ley.

Con esta premisa normativa y una vez revisado el expediente, el Tribunal modificará la decisión dictada en primera instancia en cuanto dispuso el pago de la prestación a partir del 14 de septiembre de 2013, pues si bien el demandante adquirió el status pensional el 13 de marzo de 2005 cuando cumplió 60 años de edad y completó más de 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de dicha edad³, la prestación solo se hizo exigible a partir del 1° de octubre de 2014 cuando operó su desafiliación del Sistema Pensional con la última cotización y el reporte de la novedad de retiro en dicho ciclo de cotización (ver historia laboral aportada en las páginas 213 a 219 del expediente digital). Si bien con anterioridad a dicha fecha el demandante presentó una reclamación pensional (el 3 de junio de 2008) e interpuesto la primera demanda judicial para el reconocimiento de la

³ Ver cédula de ciudadanía en la página 18, en la que se observa que el demandante nació el 13 de marzo de 1945 y ver la historia laboral actualizada en la que se observan 582.98 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores, en las páginas 213 y siguientes del expediente digital, trámite de primera instancia.

pensión (3 de octubre de 2013)⁴, lo cierto es que para esa fecha no tenía los requisitos de acceso a la prestación cumplidos pues su empleador JARDICOL LTDA no había efectuado el pago del cálculo actuarial. Como COLPENSIONES procedió a reconocer la pensión de vejez a favor del demandante una vez recibió dicho pago, no se le puede endilgar culpa ni entender una desafiliación tácita o expresa del Sistema pensional anterior.

Se modificará entonces la sentencia de primera instancia que reconoció el pago de la mesada pensional a partir del 14 de septiembre de 2013, para el pago de las mesadas causadas entre el 1° de octubre de 2014 y el 4 de septiembre de 2015, advirtiendo que no operó la prescripción de la acción sobre ninguna de las mesadas, pues el término trienal se interrumpió con la interposición de la demanda que dio inicio a este proceso, el 14 de septiembre de 2016 (página 2 del expediente digital).

Efectuadas las operaciones aritméticas la Sala obtiene como saldo a cargo de COLPENSIONES por mesadas causadas entre el 1° de octubre de 2014 y el 4 de septiembre de 2015m la suma de \$8.346.916, valor que se consignará en la parte resolutive, modificando la suma reconocida en la sentencia de primera instancia por \$17.185.116.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

RETROACTIVO PENSIONAL CAUSADO ENTRE EL 1° DE OCTUBRE DE 2014 Y EL 4 DE SEPTIEMBRE DE 2015			
AÑO	MESADA	NÚMERO DE MESADAS	TOTAL
2014	\$ 616.000	4	\$ 2.464.000
2015	\$ 644.350	9,13	\$ 5.882.916
			\$ 8.346.916

⁴ Conforme se observa en la consulta de procesos de la rama judicial.

Las operaciones aritméticas se realizaron teniendo en cuenta 14 mesadas al año. El derecho no se pudo ver afectado con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues se causó antes (13 de marzo de 2005) de la entrada en vigencia de dicha norma (25 de julio de 2005).

(iii) INTERESES MORATORIOS. Para resolver sobre el pago de intereses de mora, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone intereses moratorios por la mora o retardo en el pago de las mesadas de pensión a los afiliados al Sistema. Sobre la procedencia de estos intereses en pensiones causadas al amparo de normas diferentes a la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional en la sentencia C-601 de 2000 dispuso claramente que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no creó “*privilegios entre quienes han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos*” ni distinguió entre pensionados. Además, en situaciones como la que se decide en esta decisión, la Sala Laboral de la Corte en reciente jurisprudencia estimó la integración normativa de todas las prestaciones que hacen parte del Sistema General de Pensiones (ver SL 1681 del 3 de junio de 2020, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Dado que al demandante se le adeudan las mesadas de una pensión causadas entre el 1° de octubre de 2014 y el 4 de septiembre de 2015, procede el pago de intereses moratorios sobre cada una de dichas mesadas y éste corre a partir del 5 de enero de 2019, pues la primera reclamación pensional con requisitos cumplidos se elevó el 5 de septiembre de 2018 (ver reclamación en el expediente administrativo) y a partir de ese momento la entidad tenía un plazo de 4 meses para pagar la primera mesada pensional⁵.

Se modificará entonces la decisión de primera instancia para disponer el pago de los intereses moratorios pero sobre el retroactivo pensional que aquí se

⁵ Ver parágrafo 1, artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

reconoce, y para definir que este corre a partir del 5 de enero de 2019 hasta la fecha en que la entidad pague lo adeudado, pues en la parte resolutive de la sentencia no se precisó este aspecto.

Asimismo se revocará la decisión de primera instancia en cuanto condenó a la entidad a pagar intereses moratorios por el retardo en el pago de las mesadas reconocidas en la Resolución SUB 309405 de 27 de noviembre de 2018, es decir las causadas entre el 5 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2018, pues como se concluyó atrás el plazo de 4 meses que tenía la entidad para pagar la prestación se cumplió el 5 de enero de 2019, y dicho retroactivo se ingresó en nómina de pensionados en diciembre de 2018 y fue pagado en el periodo de enero de 2019 (ver páginas 244 a 253 del expediente digital).

En su lugar, se ordenará la indexación del retroactivo pensional para contrarrestar la devaluación de las mesadas por el paso del tiempo.

El Tribunal efectuó las operaciones aritméticas para definir el valor indexado de las mesadas causadas entre el 5 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2018, para lo cual aplicó la fórmula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante mes a mes, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha del pago, es decir, el vigente para enero de 2019), por el índice inicial vigente para la fecha en que se causó la mesada pensional. De ellas, se obtuvo la suma de \$3.062.994, inferior a la reconocida en primera instancia en \$33.887.911 por intereses moratorios. Se ordenará el pago de la indexación correspondiente.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

INDEXACIÓN MESADAS PAGADAS EN LA RESOLUCIÓN SUB 309405 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2018 (CAUSADAS ENTRE EL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2015 Y EL 30 DE NOVIEMBRE DE 2018)							
Año	Mesada Pensional	No de mesadas	Valor anual	IPC Inicial	IPC Final (año 2019)	IPC promedio	TOTAL INDEXACIÓN
2015	\$ 644.350	4,87	\$ 3.135.837	118,15	143,27	1,21256668	\$ 666.574
2016	\$ 689.455	14	\$ 9.652.370	126,15	143,27	1,13569077	\$ 1.309.738
2017	\$ 737.717	14	\$ 10.328.038	133,40	143,27	1,07396561	\$ 763.920
2018	\$ 781.242	13	\$ 10.156.146	138,85	143,27	1,03178001	\$ 322.762
			\$ 33.272.391				\$ 3.062.994

No se pueden tomar las reclamaciones y demandas presentadas por el demandante con anterioridad al pago del cálculo actuarial a cargo del empleador JARDICOL LTDA el 29 de diciembre de 2016, para efectos de contar el plazo de pago de la primera mesada pensional y eventuales intereses de mora, pues no se habían cumplido los requisitos para consolidar el derecho pensional. Los interés corren desde el 5 de enero de 2019 cuando trascurrieron los 4 meses desde la reclamación efectuada el 4 de septiembre de 2018.

(iv) COSTAS. Finalmente, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a COLPENSIONES en COSTAS. Para este efecto, el artículo 365 del CGP impone el pago de las costas del proceso a la parte que resulte vencida, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda. Revisado el texto de la contestación a la demanda, se advierte que COLPENSIONES no solo se opuso a las pretensiones de JOSÉ CRISTOBAL CASTRO ANTONIO, sino que además planteó controversia frente a los argumentos que éste expuso, controversia en la cual resultó vencida.

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en cuanto declaró parcialmente probada la excepción de prescripción.
2. **MODIFICAR** los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia de primera instancia, para definir que le corresponde a COLPENSIONES pagar la suma de \$8.346.916 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 1° de octubre de 2014 y el 4 de septiembre de 2015, y pagar intereses moratorios sobre dichas mesadas. Estos corren desde el 5 de enero de 2019 hasta la fecha en que la entidad pague lo adeudado.
3. **REVOCAR** el numeral **CUARTO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a JOSE CRISTOBAL CASTRO ANTONIO por concepto de indexación de la mesadas pensionales pagadas en la Resolución SUB 309405 de 27 de noviembre de 2018, la suma total de \$3.062.994.
4. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
5. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior decisión se notifica en estrados, la tomó la Sala Sexta laboral integrada por los magistrados,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE FRANK SALOMÓN RODRÍGUEZ BERNAL
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 9 de junio de 2021 por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase al doctor Jorge Andrés Narváez Ramírez, apoderado judicial de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A., identificado con T.P. 345.374, para actuar como apoderado judicial de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido en la escritura pública No. 788 de 5 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, FRANK SALOMÓN RODRÍGUEZ BERNAL presentó demanda contra la 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 o, en subsidio, la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 12 de mayo de 1999, con fundamento en que no se le brindó información completa y comprensible sobre las consecuencias del traslado, omitiendo información sobre los riesgos que debería asumir y sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar los aportes cotizados por el demandante en el RAIS con destino a COLPENSIONES, y se le ordene a esta última entidad que acepte dichos aportes y acepte al demandante como su afiliado sin solución de continuidad (ver demanda en archivo “2019-727.pdf” folios 1 a 15 y 74 a 91 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que el traslado que realizó el demandante se efectuó de forma libre, espontánea y voluntaria, y de haberse presentado algún engaño u omisión por parte del fondo privado, ello debe ser demostrado en este proceso. Además, señaló que el demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 para trasladarse entre regímenes pensionales, y no se puede entender que para el momento del traslado tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional, pues no acreditaba 40 años de edad ni 15 años de servicios para el 1° de abril de 1994. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, impobilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica* (ver contestación en en archivo “2019-727.pdf” folios 96 a 120 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que otorgó información suficiente y necesaria para que el demandante tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera libre, voluntaria e informada, conforme los requisitos y características vigentes para la época, y advirtió que la obligación de las administradoras de brindar asesoría e información sobre las consecuencias del traslado de régimen con las características referidas en la demanda, surgió con el Decreto 2071 de 2015, que modificó el Decreto 2555 de 2010. Adicionalmente, la ingnorancia de la Ley no genera vicio en el consentimiento, pues allí se encuentran plasmadas las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen. Agregó que entre el 6 y el 8 de mayo de 2015, informó al demandante que próximamente estaría incurso en prohibición contenida en el artículo 13 literal e de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún momento este hubiera manifestado su voluntad de retornar al RPM. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *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 “2019-727.pdf” folios 172 a 198 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 9 de junio de 2021, mediante la cual el Juez Diecisiete (17) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO del Sr. FRANK SALOMÓN RODRÍGUEZ BERNAL identificado con la C.C. 79.158.185, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. TERCERO: DECLARAR que el señor BERNAL RODRÍGUEZ (sic), se*

encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones señaladas. CUARTO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del señor BERNAL RODRÍGUEZ (sic), tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo con sus frutos e intereses, sin autorizar a PORVENIR S.A., a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio. QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos a favor del demandante que efectúe PORVENIR S.A., y convalidarlos en su historia laboral, para los efectos a que haya lugar. SEXTO: ABSTENERSE de emitir pronunciamiento frente a la pretensión subsidiaria y lo mismo en relación con la solicitud de que se ordene a COLPENSIONES efectuar el análisis del derecho pensional que pudiese corresponder al demandante, lo anterior según las razones señaladas. SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, es decir, de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A., de la suma de \$900.000 M/Cte. OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA a favor de COLPENSIONES. Remítase el expediente al superior, una vez concluya la diligencia” (Audiencia virtual Carpeta “ VIDEO AUD. 9-06-2021 SENTENCIA” Min. 47:23 del expediente digital).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que las pruebas aportadas al proceso no permite establecer que para el momento del traslado de régimen el fondo privado hubiese puesto de presente las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, advirtiendo que para demostrar un consentimiento informado no es suficiente la suscripción del formulario de afiliación, así como tampoco se ratificó ésta por el paso del

tiempo. Agregó que no se desprende confesión alguna del interrogatorio de parte al demandante y los testigos no conocieron directamente los hechos objeto de debate, por lo que no aportaron nada al mismo.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A. interpuso recurso a fin de que se revoque la condena en su integridad, y de forma subsidiaria, se revoque la condena a devolver la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual y a pagar costas y agencias en derecho. Sobre la ineficacia del traslado aduce que no se demostró que se haya presentado costreñimiento en la voluntad de la afiliada en los términos establecidos en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para conseguir su vinculación al RAIS, lo cual no se puede entender demostrado con el posible incumplimiento del deber de información en cabeza de los fondos privados, pero de todas formas, advirtió que con el interrogatorio de parte rendido por el demandante se demostró que el fondo demandado cumplió con el deber de información en los términos definidos en las normas vigentes para la época del traslado de régimen pensional, así como su acceso al correo electrónico al que se envió la citación a la asesoría previo a encontrarse a menos de 10 años de alcanzar la edad pensional. Además, afirma que no es posible devolver la totalidad de los aportes, aparte de los saldos de la cuenta de ahorro individual, en los términos definidos en la sentencia de primera instancia, pues se ha descontado un 3% para las coberturas de los riesgos de invalidez y muerte, cuyos riesgos fueron cubiertos durante la afiliación, y los gastos de administración, que permitieron generar rendimientos sobre los aportes pensionales, pues la consecuencia coherente con la ineficacia declarada, sería la devolución de éstos al fondo privado (Audiencia virtual Carpeta “*VIDEO AUD. 9-06-2021 SENTENCIA*” Min. 50:14 del expediente digital).

En el recurso de COLPENSIONES su apoderado pide que se revoque el fallo en su integridad, toda vez que no existen elementos que demuestren la existencia de vicios en el consentimiento, ni se probó que el fondo privado le

hubiese suministrado información falaz al demandante. Afirma que no se presentó un error de hecho sino de derecho, que se subsanó con el paso de tiempo dada la vocación de la demandante de permanecer afiliada en el RAIS, y advirtió que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional, pues le faltan menos de 10 años para cumplir el requisito de edad de acceso a la pensión de vejez, y no demostró el cumplimiento de los requisitos establecidos en las sentencias SU-062 de 2010 y SU 130-2013 para poder retornar al RPM. Además, manifestó que la demandante incumplió su obligación de informarse adecuadamente sobre las condiciones del Sistema General de Pensiones, y emplear la adecuada atención y cuidado en el momento de tomar decisiones sobre su futuro pensional. Agregó que dicha entidad actuó de buena fe en cumplimiento de la prohibición legal que le impedía aceptar el traslado, por lo que se le debe exonerar de las costas procesales (Audiencia virtual Carpeta “*VIDEO AUD. 9-06-2021 SENTENCIA*” Min. 57:53 del expediente digital).

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 35 años de edad y había cotizado 233,05 semanas¹; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 8 años, 10 meses y 26 días)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada con la demanda archivo "2019-727.pdf" folios 32 a 41 del expediente digital.

² *Ibidem*.

edad de pensión (tenía 55 años de edad – ver archivo “2019-727.pdf” folios 30 y 71 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^{3 4}, según el cual se debe 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’s han tenido siempre la obligación de brindar información al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica,*

³ 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”.

⁴ 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”.*

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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) que 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 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” (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 la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* al demandante 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues 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*”. Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió el demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que en la institución en la que laboraba (BANCO DE BOGOTÁ), recibió asesorías grupales reiteradas en que se limitaban a informar que podría jubilarse más pronto y con una mejor pensión que la que le correspondería en el RPM, que el dinero que acumulara generaría rendimientos, y también le dijeron que el ISS se iba a acabar y que perdería sus ahorros (Audiencia virtual Carpeta “*VIDEOS AUD. 18-03-2021*” Archivo “*VIDEO No. 1 - AUD. ORD. 11001310501720190072700.mp4*” Min. 12:48).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un “*saneamiento*” la permanencia del actor en el RAIS.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, para lo cual se sigue también el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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). Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan 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 incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas que se le impuso a la AFP 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, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en en archivo *“2019-727.pdf”* folios 96 a 120 del expediente digital).

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

⁵ *“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”.*

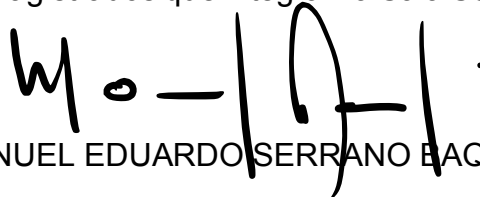
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional 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.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

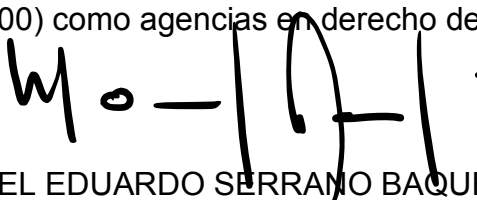
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 18 2020 00048 01
Flor María Escalante Barreto Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE FLOR MARÍA ESCALANTE BARRETO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de ésta última entidad a la sentencia dictada el 19 de julio de 2021 por la Juez Primera (1ª) Transitoria 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).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a las doctoras María Juliana Mejía Giraldo, abogada inscrita a MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., y Mery Leonor López Cárdenas, quienes se

identifican con T.P. 258.258 y 317.321, para actuar como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder, el certificado de existencia y representación legal y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FLOR MARÍA ESCALANTE BARRETO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad* o ineficacia del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante en el mes de febrero de 1998. La anterior pretensión fue fundamentada sobre el argumento según el cual el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de una información suficiente, amplia y oportuna por parte de PORVENIR S.A., pues esta AFP sólo le indicó fue que el ISS, hoy COLPENSIONES, se iba a acabar, que no había seguridad en el pago de su pensión por parte de dicha entidad y los beneficios económicos que le proporcionaría el RAIS, lo que provocó un vicio en el consentimiento al no ser éste informado, pleno y oportuno. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros aportados (ver demanda en el archivo 01 folios 4 a 31 del expediente digital).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado, contestó la demanda. No se opuso a las pretensiones relativas a la declaratoria de ineficacia del traslado, por lo que únicamente presentó oposición a la solicitud de condena en costas, por considerar que su actuación se ha ajustado a derecho. Por último, aseveró que no se podría condenar a la devolución de bonos pensionales, en tanto no obra monto alguno por dicho concepto en la

cuenta de ahorro individual de la demandante. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *buena fe, innominada o genérica y compensación y pago* (ver contestación en la carpeta “CD folio 62”).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., otorgó información suficiente y necesaria para que la demandante tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera libre, voluntaria e informada, conforme los requisitos y características vigentes para la época, y advirtió que la ignorancia de la Ley no genera vicio en el consentimiento, pues allí se encuentran plasmadas las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen. Agregó que la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS fue ratificada con su posterior traslado a COLFONDOS S.A. en el año 2004, sin que en ningún momento este hubiera manifestado su voluntad de retornar al RPM. Informó que la demandante estaría incurso en prohibición contenida en el artículo 13 literal e de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en la carpeta “Cd folio 68” del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que obran el expediente pruebas suficientes para entender que se brindó la información adecuada a la demandante al momento del traslado y no se encuentra acreditado vicio alguno en su consentimiento, quien adicionalmente se encontraba obligada a informarse sobre las consecuencias de su traslado, máxime cuando la regulación de los regímenes pensionales es de público conocimiento. Además, señaló que la parte demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 para trasladarse entre regímenes pensionales. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido,*

buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica (ver contestación en las carpetas “CD folio 73” y “CD folio 75” del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de julio de 2021, mediante la cual la Juez Primera (1ª) Transitoria 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora FLOR MARÍA ESCALANTE BARRETO, identificada con C.C No. 51.631.866, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES al de Ahorro Individual con solidaridad, a través de la AFP PORVENIR, efectuado el 31 de enero de 1998, al igual que la vinculación efectuada con la AFP COLFONDOS el 6 de mayo de 2004, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante FLOR MARÍA ESCALANTE BARRETO, identificada con C.C. No. 51.631.866, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora FLOR MARÍA ESCALANTE BARRETO, identificada con C.C. 51.631.866, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración con destino a COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada a favor de la accionante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas, esto es, COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el*

expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 19 de julio de 2021 Hora 1:04:58).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLPATRIA S.A., hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra ningún medio probatorio de convicción que brinde certeza y veracidad sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP. Igualmente, afirmó que no existe prueba alguna respecto a la información suministrada a FLOR MARÍA ESCALANTE BARRETO por COLFONDOS S.A. al momento de realizar el traslado a dicha AFP. Sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por el demandante, consideró que no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de PORVENIR S.A. pidió que se revoque la condena como quiera que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria, sin que para la época del traslado fuera exigible a la administradora entregar información por escrito, sin que sea dable permitir a la demandante escudarse en negaciones indefinidas en su demanda, para trasladar la carga probatoria a la AFP, sin señalar qué tipo de prueba podría aportar, máxime cuando desconoce el paradero del asesor que brindó la información al momento del traslado. Además, resaltó que la demandante manifestó en

interrogatorio de parte no haber presentado ninguna inconformidad en su afiliación con dicha administradora, tanto así que el nuevo traslado dentro del mismo régimen se dio por un mero cambio de empleador, sin que en ningún momento hubiera intentado retornar al RPM hoy administrado por COLPENSIONES. Agregó que la demandante no cumplió su deber de informarse al momento de trasladarse, contrario a lo que manifestó en el formulario de afiliación, y su inconformidad se centra únicamente en el monto de la mesada pensional, lo cual no puede considerarse un vicio en el consentimiento al momento del traslado (Audiencia virtual del 19 de julio de 2021 Hora 1:07:32).

La apoderada de COLPENSIONES en recurso también pide que se revoque en su totalidad la sentencia dictada en primera instancia. Para el efecto, considera que la información dada por las administradoras fue la vigente para el momento del traslado, como lo es la firma del formulario de afiliación, frente a lo cual no se presentó objeción alguna. Agregó, que la demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003 (Audiencia virtual del 19 de julio de 2021 Hora 1:13:43).

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 cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 39 años de edad y tenía 3 años 2 meses y 26 días de servicios prestados a la Universidad Nacional de Colombia y cotizado 99.86 semanas¹; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos

¹ Ver CETIL expedido por la Universidad Nacional de Colombia e historia laboral expedida por COLPENSIONES en archivo 01 folios 34 a 43 y 46 a 49 del expediente digital.

de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años 5 meses y 5 días)²; y para la fecha de presentación de la demanda ya había superado la edad mínima para alcanzar la pensión de vejez (tenía 61 años – ver archivo 01 folios 112 y 114 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 ^{3 4}, según

² *Ibidem*.

³ 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*”.

⁴ 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*”.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (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. En ese sentido, 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, en ese momento, 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) 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 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” (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 ineficaz el traslado de régimen pensional de la demandante, pues COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener 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, pues indicó que su traslado obedeció a que se trataba de un requisito para ingresar a laborar, por lo que debido a la premura se vinculó con una asesora de PORVENIR S.A. -en el año de 1998- quien se limitó en una asesoría muy corta a decir que dicho fondo la ofrecía ventajas para pensionarse, especialmente ante la inminente desaparición del Instituto Seguros Sociales, que se trataba de un ahorro con rendimientos y no tenía ninguna desventaja, omitió darle información sobre las características de los regímenes y los requisitos para obtener la pensión. Relató que el segundo traslado obedeció igualmente a la suscripción de un contrato por lo que se reunió con un asesor de COLFONDOS S.A., quien no le proporcionó ningún tipo de información, pero en ninguno recibió una asesoría completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de

cada uno de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 19 de julio de 2021 Min. 15:54 del expediente digital).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* del acto jurídico la ratificación tácita por el paso del tiempo, o por posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial de la demandante al RAIS operó con el traslado de régimen en febrero de 1998 a COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., y posteriormente, en mayo de 2004, se afilió a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada (ver solicitudes de vinculación en la carpeta *“Cd folio 68”* folio 63 y archivo 01 folio 68 del expediente digital).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía el juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de

ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta se adicionará 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.

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,

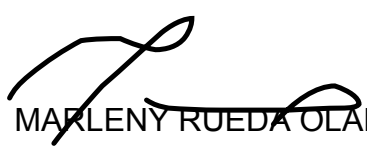
RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

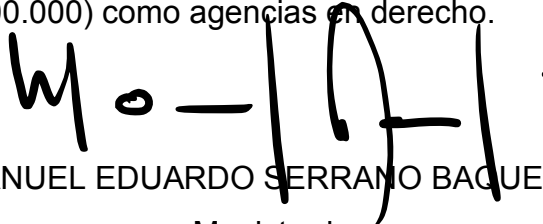

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 18 2020 00048 01

Flor María Escalante Barreto Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.

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

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GAVI LUCÍA MENA GÓMEZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 18 de junio de 2021 por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a los doctores Claudia Liliana Vela y Elkin Fabian Castillo Cruz, quienes se identifican con T.P. 123.148 y 261.451, para actuar como apoderados principal y sustituto, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GAVI LUCÍA MENA GÓMEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en octubre de 1996, con fundamento en que no se le brindó información veraz, completa y oportuna sobre las consecuencias del traslado a la AFP COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., omitiendo información sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales para su caso concreto, pues se limitó a señalar las ventajas que recibiría en dicha entidad. Agregó que en proyecciones pensionales elaboradas en 2018, se evidenció que la mesada que obtendría en el RAIS es muy inferior a la que tendría en el RPM. Como consecuencia de lo anterior pide que se ordene a COLPENSIONES a que la acepte como su afiliada como si nunca se hubiera trasladado (ver demanda de folios 3 a 9 del expediente digital).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada, contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que otorgó información suficiente y necesaria para que la demandante tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera libre, voluntaria e informada, conforme los requisitos y características vigentes para la época, conforme se evidencia con el formulario de afiliación debidamente suscrito por la accionante. Adicionalmente, en ningún momento de su vinculación, la demandante manifestó su voluntad de retornar al RPM. Manifestó que las proyecciones pensionales se efectúan conforme a la información con que se cuenta al momento de su elaboración, pero son susceptibles de cambiar posteriormente, en virtud de los aportes obligatorios y voluntarios, entre otras variables inciertas. Y afirmó que no hay lugar a la inversión de la carga de la prueba, pues esto resulta imposible al perseguir pruebas inexistentes por on estar contempladas en la norma vigente al momento del traslado y, en todo

caso, la demandante no puede alegar su propio error o culpa. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica* (ver contestación de folios 73 a 79).

Pese a haber sido debidamente notificada el 12 de diciembre de 2018 (folio 50), la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES no presentó contestación, razón por la cual se tuvo por no contestada la demanda en auto del 17 de julio de 2019 (folio 59), providencia en la cual se dispuso librar oficio a la Procuraduría General de la Nación – Delegado de Asuntos Laborales, entidad que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del CPTSS, presentó escrito de intervención el 6 de diciembre siguiente (folio 107), en el que manifestó no presentar oposición a las pretensiones y estarse a lo que se encuentre probado en el trámite, en cuanto corresponde a la AFP demostrar que proporcionó información verdadera, completa, oportuna y eficaz, respecto de las consecuencias de su traslado. Propuso como excepción de mérito la siguiente: *inexistencia de la obligación* (ver escrito de intervención de folios 107 y 108).

Terminó la primera instancia con sentencia de 18 de junio de 2021, mediante la cual la Juez Diecinueve (19) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de la señora GAVI LUCÍA MENA GÓMEZ, identificada con la cédula 30.723.500 de Pasto, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (sic), identificada con NIT. No. 800.144.331-3, realizado el día 7 de octubre de 1996, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la*

aquí demandante, la señora GAVI LUCÍA MENA GÓMEZ, de cédula 30.723.500 de Pasto, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, desde el 1 de octubre de 1986 hasta la actualidad, como si ella nunca se hubiera trasladado y, por lo mismo, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (sic), identificada con el NIT. 800.144.331-3, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GAVI LUCÍA MENA GÓMEZ, identificada con la cédula 30.723.500 de Pasto, como son las cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses, comisiones y sin descontar gastos de administración, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: Sin costas en esta instancia. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, teniendo en cuenta que la decisión es adversa a COLPENSIONES” (CD 4 Min. 40:41).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que las pruebas aportadas al proceso no permiten establecer que para el momento del traslado de régimen el fondo privado hubiese puesto de presente las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, advirtiendo que para demostrar un consentimiento informado no es suficiente la suscripción del formulario de afiliación, así como tampoco se ratificó ésta por el paso del tiempo. Agregó que no se desprende confesión alguna del interrogatorio de parte a la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso a fin de que se revoque la condena en su integridad. Aduce que para el presente caso no resulta aplicable la línea jurisprudencial inicial de la Corte Suprema de Justicia, en tanto con el traslado de la demandante no renunció a ningún beneficio del RPM, y teniendo en cuenta que existen actos de relacionamiento que ratifican su voluntad con el paso del tiempo. Afirma que con el único documento exigido para la época, correspondiente al formulario de afiliación, se demuestra la voluntad libre de la demandante del traslado de régimen. Además, considera que no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, pues estos descuentos se efectúan de conformidad con la Ley 100 de 1993 y cumplieron su cometido durante la vinculación al ser debidamente invertidas al generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante y, en todo caso, son susceptibles de prescribir, al no encontrarse destinados a financiar la pensión (CD 4 Min. 42:45).

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado pide que se revoque la sentencia dictada por considerar que se fundó en la falta de información por parte de las AFP pero sin tener en cuenta que para la época únicamente era exigible la firma del formulario de afiliación de manera libre y espontánea, sin que sea dable exigir pruebas adicionales que nacieron en la Ley 1748 de 2014 y en el Decreto 2071 de 2015, pues violaría el debido proceso de COLPENSIONES, entidad que no tuvo incidencia en el acto jurídico de traslado, y será quien deba asumir la carga de la pretación, pese a que la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 24 años y se encuentra en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 que busca proteger el fondo común del RPM y la sostenibilidad del sistema. Sin perjuicio de ello, si se confirma la sentencia, solicita se mantenga la condena de devolución de todos los aportes efectuados sin descuento alguno y se adicione la sentencia, en el sentido de que COLPENSIONES sólo podrá hacer efectiva la afiliación y

actualización de la historia laboral de la demandante una vez la AFP realice el traslado de aportes y actualice la información correspondiente (CD 4 Min. 48:46).

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 510,43 semanas¹; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años 4 meses)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver archivo folios 1 y 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

¹ Ver historia laboral actualizada emitida por COLPENSIONES, en el Expediente Administrativo – CD 3.

² *Ibidem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, según el cual se debe 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 información 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*

³ 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”*.

⁴ Sentencia STL3187-2020: *“Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”*.

afiliación 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. En ese sentido, 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 la afiliada, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) que 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 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” (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 la AFP PORVENIR S.A. no probó que se hubiera brindado *toda la información pertinente* al 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 referida corporación estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener 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”*.

Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confiesa que se le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que los asesores de la AFP COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., en una breve reunión grupal, se limitaron a señalar que podrían obtener una pensión igual o superior en dicho régimen y estando mucho más joven sin efectar en modo alguno las mesadas, omitiendo referir las condiciones para ello, sumado a que el ISS se acabaría, por lo que tendría mayor seguridad en una entidad privada. En cuanto a su traslado a la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., refirió que lo realizó pues se le indicó que allí la mantendrían más informada sobre su prestación pensional (CD 3 Min. 25:10).

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”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación del acto inicial por el paso del tiempo, o por el posterior traslado entre fondos pensionales: la afiliación inicial de la demandante al RAIS operó con el traslado de régimen en mayo de 1997 a COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A. y, posteriormente, se trasladó en noviembre de 1998 a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., AFP a la que se encuentra actualmente afiliada (ver formularios de afiliación a folios 13 y 14).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación en dichas administradoras, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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). Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1995 este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el juez de primera instancia.

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido la Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST) bien podía la Juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta y dando respuesta a los argumentos de la apelación interpuesta por COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

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

RESUELVE

1. **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 causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 19 2018 00700 01

Gavi Lucía Mena Gómez Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11' with a period at the end.

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 MARTHA VIRGINIA SANABRIA CRIALES
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 2 de marzo de 2021 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, 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, MARTHA VIRGINIA SANABRIA CRIALES presentó demanda contra la 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 RPM al RAIS ocurrido en octubre de 2000, con fundamento en que no se le brindó información completa y comprensible sobre las consecuencias del traslado, omitiendo información sobre los riesgos que debería asumir y sobre las

ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, pues se limitó a asegurar que recibiría una pensión por un monto superior y en menos tiempo que en el ISS, el cual se iba a acabar. Como consecuencia de lo anterior pide que se ordene a COLPENSIONES a que la acepte como su afiliada sin solución de continuidad y se condene a las demandadas al pago de intereses moratorios por la mora injustificada en aceptar su traslado (ver demanda de folios 4 a 21 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado que realizó la demandante se efectuó de forma libre, espontánea y voluntaria, y de haberse presentado algún engaño u omisión por parte del fondo privado, ello debe ser demostrado en este proceso. Además, señaló que la parte demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 para trasladarse entre regímenes pensionales, y no se puede entender que para el momento del traslado tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional, pues no acreditaba el requisito de edad ni el tiempo de servicios necesario para el 1° de abril de 1994. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación de folios 61 a 94 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que otorgó información suficiente y necesaria para que la demandante tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera libre, voluntaria e informada, conforme los requisitos y características vigentes para la época, conforme se evidencia con el formulario de afiliación debidamente suscrito por

la accionante. Adicionalmente, la ingnorancia de la Ley no genera vicio en el consentimiento, pues allí se encuentran plasmadas las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen. Agregó que entre el 6 y el 8 de mayo de 2015, informó al demandante que próximamente estaría incurso en prohibición contenida en el artículo 13 literal e de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún momento este hubiera manifestado su voluntad de retornar al RPM. En cuanto a los gastos de administración, indicó que los mismos se descuentan por disposición legal y al no estar destinados al reconocimiento pensional, son susceptibles de prescribir y, en todo caso, su devolución implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, máxime los relativos al seguro previsional, cuyo riesgo fue debidamente asumido durante la vinculación de la actora. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación de folios 130 a 154 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 2 de marzo de 2021, mediante la cual el Juez Veinte (20) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado del Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora MARTHA VIRGINIA SANABRIA CRIALES a PORVENIR S.A., el 01 de octubre de 2000, en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante señora MARTHA VIRGINIA SANABRIA CRIALES para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada MARTHA VIRGINIA SANABRIA CRIALES, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales, si los hubiese, a su respectivo emisor. CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, a favor de la*

señora MARTHA VIRGINIA SANABRIA CRIALES. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte” (Audiencia virtual del 2 de marzo de 2021 Parte 2 Min. 30:40 del expediente digital).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que las pruebas aportadas al proceso no permite establecer que para el momento del traslado de régimen el fondo privado hubiese puesto de presente las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, advirtiéndole que para demostrar un consentimiento informado no es suficiente la suscripción del formulario de afiliación, así como tampoco se ratificó ésta por el paso del tiempo. Agregó que no se desprende confesión alguna del interrogatorio de parte a la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES su apoderada pide que se revoque la sentencia dictada por considerar que no se acreditó un vicio de consentimiento, así como tampoco error dirimente o de nulidad, para lo cual quien afirma, esto es, la demandante, debía probar sus dichos y no trasladarse dicha carga a las AFP. Además, manifiesta que de aceptar su retorno al RPM, se estaría afectando la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional (Audiencia virtual del 2 de marzo de 2021 Parte 2 Min. 32:58 del expediente digital).

El apoderado de PORVENIR S.A. también interpuso recurso a fin de que se revoque la condena en su integridad, pues aduce que para el presente caso no resulta aplicable la línea jurisprudencial inicial de la Corte Suprema de Justicia, en tanto con el traslado de la demandante no renunció a ningún beneficio del RPM, por lo que no puede trasladarse la carga de la prueba de manera absoluta a las AFP, que, por demás, se evidencia con el único

documento exigido para la época, correspondiente al formulario de afiliación, el cual da cuenta de la voluntad libre de la demandante del traslado de régimen. Además, las condiciones de cada uno de los regímenes se encuentran a disposición de la actora desde el mismo momento de su afiliación, en tanto se trata de situaciones reguladas legalmente (Audiencia virtual del 2 de marzo de 2021 Parte 2 Min. 35:58 del expediente digital).

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 35 años de edad y había cotizado 489,1 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años 7 meses y 23 días)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 55 años de edad – ver archivo folios 34 y 55 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 Ver historia laboral actualizada emitida por COLPENSIONES, de folios 36 a 41 del expediente digital y en el Expediente Administrativo.

² *Ibidem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, según el cual se debe 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 información 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*

³ 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”.

⁴ 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”*.

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. En ese sentido, 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 la afiliada, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) que 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 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” (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 la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* al demandante 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 solo una ilustración sobre las

ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues 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*”. Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que los asesores de la AFP, en una breve reunión grupal, se limitaron a señalar que el ISS se acabaría, por lo que podrían perder las cotizaciones, de las cuales se haría cargo PORVENIR si se trasladaba, sumado a que podrían obtener una pensión superior en dicho régimen y previo al cumplimiento de la edad de 57 años, sin referir las condiciones para ello. Adicionalmente, les indicaron que podrían trasladarse en cualquier momento de administradora, sin señalar que existía un límite temporal para ello (Audiencia virtual del 2 de marzo de 2021 Parte 1 Min. 30:40 del expediente digital). Los anteriores dichos fueron respaldados por los testimonios de ELSA ALVARADO CORREA e IRMA PATRICIA RODRÍGUEZ, quienes si bien no estuvieron presentes en el preciso momento en que se suscribió el formato de afiliación, pues ello se llevó a cabo en una reunión individual, si hicieron parte de la misma reunión grupal en que la demandante recibió la información referida (Audiencia virtual del 2 de marzo de 2021 Parte 1 Mins. 42:31 y 51:27 del expediente digital, respectivamente).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un “*saneamiento*” la permanencia del actor en el RAIS.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de ambas AFP la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación en dichas administradoras, junto con sus rendimientos, lo que incluye lo descontado por concepto de gastos de administración, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte

Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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). Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST) bien podía el juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso. Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Adicionalmente, conociendo en consulta y dando respuesta a los argumentos de la apelación interpuesta por COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

DECISION

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

RESUELVE

EXP. 20 2018 00830 01

Martha Virginia Sanabria Ciales Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

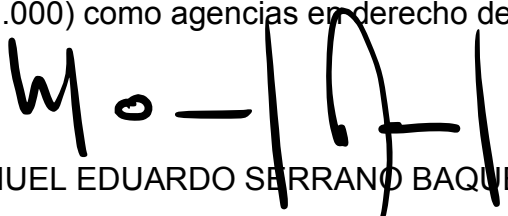
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) 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 ELSA JEANNETTE CÁRDENAS RODRÍGUEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor la sentencia dictada el 4 de marzo de 2021 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Téngase a las doctoras Claudia Liliana Vela y Sharon Catalina Casas Buchar, quienes se identifican con T.P. 123.148 y 263.505, para actuar como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ELSA JEANNETTE CÁRDENAS RODRÍGUEZ presentó demanda contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, 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 declarara la *nulidad o invalidez* o, en su defecto, la ineficacia del traslado efectuado el 29 de marzo de 1999 a la AFP COLFONDOS S.A. Afirma que el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de información suficiente, amplia y oportuna por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., pues ésta indicó que se podría pensionar a cualquier edad, obtendría mayores rentabilidades con el respaldo del Gobierno Nacional y que el ISS se iba a acabar. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación en COLPENSIONES sin solución de continuidad y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros aportados por la afilada (ver demanda en el archivo “2019-379 20FL352.pdf” folios 3 a 31 del expediente digital).

Contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la vinculación de la demandante al RAIS goza de plena validez y legalidad pues se hizo de manera libre y voluntaria, ejerciendo el derecho a la libre escogencia de régimen, y sin que existieran vicios del consentimiento (por error, fuerza o dolo), y advirtió que es improcedente el retorno de la demandante al RPM pues ello contravendría disposiciones de carácter legal e implicaría la descapitalización del sistema afectando el principio constitucional de sostenibilidad financiera, si se tiene en cuenta que el afiliado se encuentra inmerso en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales (actualmente cuenta con 60 años de edad y no cuenta con 15 años de servicios cotizados para el 1° de abril de 1994). Agregó que en todo caso, dicha entidad no tuvo injerencia alguna en el traslado. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado,*

inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de Colpensiones, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica (ver contestación en el archivo “2019-379 20FL352.pdf” folios 221 a 233 del expediente digital).

También contestó la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, afirmando que el acto jurídico de afiliación con dicha entidad es válido y se encuentra exento de vicios del consentimiento, aduce que la vinculación de la demandante al RAIS se hizo de manera objetiva, transparente, libre, espontánea y voluntaria, conforme a su derecho a la libre selección de régimen, sin que se hiciera uso del derecho de retracto; y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica* (ver contestación en el archivo “2019-379 20FL352.pdf” folios 281 a 289 del expediente digital).

A su vez, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado, se allanó a las pretensiones de la demanda y solicitó no ser condenada en costas (ver contestación en el archivo “2019-379 20FL352.pdf” folios 320 a 289 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada el 4 de marzo de 2021 mediante la cual el Juez Veinte (20) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora ELSA JEANNETTE CARDENAS*

RODRIGUEZ, el 29 de marzo de 1999 al fondo pensional COLFONDOS S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión, e igual su traslado horizontal a PORVENIR S.A. el 7 de abril de 2017. SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a la AFP PROTECCION S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada ELSA JEANNETTE CARDENAS RODRIGUEZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., a favor del demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente tres (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte. Finalmente, si esta sentencia es apelada o no, se remitirá de todas maneras al Tribunal Superior de Bogotá para que surta el grado jurisdiccional de consulta en tanto COLPENSIONES fue condenada, y esta entidad y el sistema general de pensiones, de ellos es garante la Nación” (Audiencia virtual No 1 Min. 57:13).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que las AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. no demostraron haber suministrado a la demandante información completa, transparente, oportuna y comprensible al momento del traslado a dichos fondos, sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, y sobre las eventuales consecuencias negativas y positivas que podía acarrear la decisión de traslado, lo que da lugar a la ineficacia de la afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES su apoderada pide que se revoque la sentencia dictada por considerar que no se acreditó un vicio de consentimiento, así como tampoco error dirimente o de nulidad, para lo cual quien afirma, esto es, la demandante, debía probar sus dichos y no trasladarse dicha carga a las AFP. Además, manifiesta que de aceptar su retorno al RPM, se estaría afectando la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional. (Audiencia virtual No. 1 Min. 59:40).

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 37 años de edad y había cotizado 157,00 semanas¹; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (no acreditó ninguna cotización)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar el requisito de edad de la pensión de vejez (tenía 60 años – ver páginas 32 y 138 del archivo No. 1 del expediente digital).

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

¹ Ver historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES (páginas 234 a 238, archivo No. 1 del expediente digital).

² Ver historias laborales actualizadas ante PROTECCIÓN y COLPENSIONES y CETIL expedidos por el Ministerio de Defensa Nacional y por el Ministerio del Trabajo (páginas 74 a 102 archivo No. 1 del expediente digital).

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

³ 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”.

⁴ 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”.*

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. En ese sentido, 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, en ese momento, 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) 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 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”* (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 ineficiencia del traslado de régimen de la demandante, pues COLFONDOS S.A. no probó haber brindado *toda la información pertinente* en el momento en que se 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener 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”*.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo, o por posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial operó con el traslado de régimen a COLFONDOS efectuado el 16 de marzo de 1999, y posteriormente a PROTECCIÓN S.A. el 7 de abril de 2017, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada (ver formularios de afiliación en el archivo No. 1 páginas 35 y 291 a 293 del expediente digital).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de ambas AFP la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación en dichas administradoras, junto con sus rendimientos, lo que incluye lo descontado por concepto de gastos de administración, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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). Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST) bien podía el juez definir la

devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso. Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Adicionalmente, conociendo en consulta y dando respuesta a los argumentos de la apelación interpuesta por COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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. DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
- 3. Sin COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EXP. 20 2019 00379 01

Elsa Jeannette Cárdenas Rodríguez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otros



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA INÉS HERNÁNDEZ DE RUEDA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, MARÍA DEL CARMEN IBARRA Y MARÍA NORY
CAMPIÑO**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante y para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 16 de marzo de 2021 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar pensión de sobrevivientes en favor de MARÍA INÉS HERNÁNDEZ DE RUEDA (demandante – cónyuge supérstite) en proporción del 58,03% y de MARÍA DEL CARMEN IBARRA (demandada – compañera permanente) en proporción de 41,97%, de la prestación que le fue reconocida en vida a NEETY ENRIQUE RUEDA RODRÍGUEZ a partir del 25 de julio de 2014, y declaró que no le asiste derecho sobre la referida prestación a MARÍA NORY CAMPIÑO (demandada – compañera permanente).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARÍA INÉS HERNÁNDEZ DE RUEDA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, MARÍA DEL CARMEN IBARRA y MARÍA NORY

CAMPIÑO, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor la sustitución de la pensión de vejez que devengaba en vida NEETY ENRIQUE RUEDA RODRÍGUEZ, por haber convivido con él desde el 7 de mayo de 1955 -fecha en la que contrajeron matrimonio- hasta el día en el que falleció el 27 de abril de 2003. Pide que se le reconozca el derecho en un 50% a partir de la fecha del óbito y en un 100%, a partir de la fecha en que HENNY ELIANA RUEDA IBARRA (hija del causante con la demandada MARÍA DEL CARMEN IBARRA) dejó de percibir la prestación, junto con los reajustes, incrementos, mesadas adicionales, *primas* y demás a que tenga derecho conforme a la Ley. Así mismo, solicitó se declare que ni MARÍA NORY CAMPIÑO ni MARÍA DEL CARMEN IBARRA, tienen derecho a la sustitución pensional (ver demanda en los folios 3 a 10).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que la demandante no demostró el cumplimiento de los requisitos legales para ser beneficiaria del derecho pensional. Propuso como excepciones de mérito: *carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica* (ver contestación en los folios 68 a 76).

MARÍA NORY CAMPIÑO (compañera permanente), vinculada a la litis en como demandada, mediante curadora *ad litem* contestó la demanda. Manifestó estarse a lo que se pruebe en el trámite y desconocer los hechos contenidos en la demanda. Propuso como excepción de fondo: la *genérica* (ver contestación en folios 190 y 191)¹.

¹ La referida curadora fue notificada (folio 188) y contestó a nombre de las dos personas naturales demandadas (folios 190 y 191), pero fue nombrada únicamente para representar los intereses de MARÍA NORY CAMPIÑO (folios 186 y 187), conforme a lo cual su contestación se entendió realizada únicamente a nombre de ésta (folio 197).

También con testó la demanda mediante apoderado MARÍA DEL CARMEN IBARRA (compañera permanente). Se opuso a la prosperidad de las pretensiones relativas a que MARÍA INÉS HERNÁNDEZ RUEDA se entienda como única beneficiaria de la prestación, pues considera que le corresponde el 50% de la pensión por haber sido la única compañera permanente del causante por haber convivido con él de manera continua desde el año 1967 hasta el final de sus días (27 de abril de 2003), tiempo en el cual procrearon 5 hijos. Propuso como excepciones de mérito: *falta de legitimación en la causa* y la *genérica o innominada* (ver contestación en el CD 3 archivo “CONTESTACION (sic) DEMANDA.pdf” folios 1 a 10).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de marzo de 2021, a través de la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar pensión de sobrevivientes en favor de MARÍA INÉS HERNÁNDEZ DE RUEDA (demandante – cónyuge supérstite) en proporción del 58,03% y de MARÍA DEL CARMEN IBARRA (demandada – compañera permanente) en proporción de 41,97%, y declaró que no le asiste derecho sobre la referida prestación a MARÍA NORY CAMPIÑO (demandada – compañera permanente). La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: “PRIMERO: DECLARAR que la señora MARÍA INÉS HERNÁNDEZ DE RUEDA, en calidad de cónyuge supérstite del señor NEETY ENRIQUE RUEDA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), es beneficiaria de la sustitución de la pensión por vejez de la que en vida le fue reconocida por el extinto Seguro Social en un porcentaje del 58,03%, por acreditar los requisitos del artículo 47 Ley 100 del 93, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003. SEGUNDO: DECLARAR que la señora MARÍA DEL CARMEN IBARRA, en calidad de compañera permanente del señor NEETY ENRIQUE RUEDA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), es igualmente beneficiaria de la sustitución de la pensión por vejez que le venía reconociendo el ISS, en un porcentaje de 41, 97%, por igualmente acreditar los requisitos establecidos en la norma. TERCERO DECLARAR que a la señora MARÍA NORY CAMPIÑO no le asiste derecho a percibir la

sustitución de la pensión que disfrutaba el señor NEETY ENRIQUE RUEDA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.). CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a cancelar a favor de la señora MARÍA INÉS HERNÁNDEZ DE RUEDA y a la señora MARÍA DEL CARMEN IBARRA, retroactivo pensional desde el 25 de julio del año 2014, junto con las mesadas adicionales y los incrementos, prestación que se pagará a partir de esta fecha en los porcentajes establecidos anteriormente numerales 1 y 2. PARÁGRAFO: Autorizamos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional que se causa a favor de cada una de las demandantes (sic) lo correspondiente al descuento de salud. QUINTO DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción esto es a partir del 25 de julio del año 2014, hacia atrás todas las mesadas pensiones se declaran prescritas. SEXTO: No hay condenas en costas. SÉPTIMO: se ordena la consulta de la sentencia a favor de COLPENSIONES” (CD 4 archivo “AUDIENCIA EXP. 023-2017-00426.mp4” Min. 37:56).

Para tomar su decisión, el Juez encontró probada de convivencia simultánea de la cónyuge (MARÍA INÉS HERNÁNDEZ DE RUEDA) y de la compañera permanente (MARÍA DEL CARMEN IBARRA) con el causante. Con la primera desde el matrimonio (7 de mayo de 1955) hasta el deceso (27 de abril de 2003), y con la segunda desde que nació la hija mayor de la pareja (20 de agosto de 1968) hasta la muerte. Definió la proporción de la prestación que a cada una le corresponde conforme los tiempos de convivencia referidos, advirtiendo que las mesadas causadas con anterioridad al 25 de julio de 2014 se encuentran prescritas, y que la hija del causante HENNY ELIANA RUEDA IBARRA, quien recibía el 50% de la pensión cumplió la mayoría de edad el 6 de febrero de 2006 y los 25 años en la misma fecha del año 2013. Absolvió del pago de intereses moratorios. Frente al eventual derecho de MARÍA NORCY CAMPIÑO declaró cosa juzgada y en todo caso, no encontró probada convivencia con el causante.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante (cónyuge supérstite) pide que se conceda el 100% de la prestación en su favor. Afirma que no fueron debidamente valoradas las pruebas aportadas al expediente, como quiera que se demostró que ella mantuvo la unión y convivencia estable desde su matrimonio hasta el deceso del causante, sin que hubiera separación, y que fue ella quien se encargó de los gastos clínicos y funerarios del causante. Aduce que ninguna de las compañeras del causante (MARÍA DEL CARMEN IBARRA o MARÍA NORRY CAMPIÑO demostraron el cumplimiento del requisito de convivencia durante los 5 años previos al deceso, pues los testimonios *difieren en absoluto*, sin que sea dable entender de relacione esporádicas una comunidad de vida, requisito indispensable para reconocer la prestación (CD 4 archivo “AUDIENCIA EXP. 023-2017-00426.mp4” Min. 39:59)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que NEETY ENRIQUE RUEDA RODRÍGUEZ ,

² “Gracias su señoría, en mi condición de apoderada judicial de la parte actora, me permito interponer el recurso de apelación contra el fallo proferido por el juzgado, sustentado en lo siguiente: por indebida valoración de las pruebas tanto documentales como testimoniales, toda vez que quedó plenamente demostrada la convivencia de mi representada, señora María Inés Hernández, cónyuge del causante Enrique Rueda fue una convivencia permanente, estable y nunca hubo una separación entre ellos que nunca trabajo y que definió, que dependió económicamente en forma total de su esposo Enrique Rueda, que convivió por más de 48 años desde el momento de su matrimonio, 7 de mayo del 55, hasta el día del fallecimiento 27 de abril de 2003, manteniendo el vínculo matrimonial vigente, fue una única persona que estuvo siempre a su lado, atendió su enfermedad, cubrió los gastos tanto de clínica, gastos funerarios, tal como se puede apreciar de la documental allegada. No se puede predicar lo mismo de la señoras María Nory Campiño, María Inés (sic) Carmen Ibarra toda vez que los testimonios no dan certeza una convivencia permanente y estable, difieren en absoluto, son testimonios de los que no se puede tener como prueba de convivencia, como tampoco se dan los presupuestos y requisitos establecidos para determinar que una convivencia simultánea, no se verifica que hayan convivido los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento, si bien es cierto, la Corte Suprema ha abierto las puertas para que la tanto la cónyuge con un vínculo matrimonial y la y la compañera permanente obtengan una pensión de una cuota parte, también es cierto que se debe, la Corte Constitucional se ha manifestado y se ha referido a qué estás, las relaciones esporádicas o casuales, a pesar de ser duraderas, no tienen una característica de una comunidad, ni una vida marital, el requisito indispensable aquí es que debe haber convivido durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, lo cual no sucedió como queda demostrado dentro de la plenaria del proceso, en esa forma solicito se revoque la decisión y se le, se le asigne el 100% de la pensión a la señora María Inés Hernández de Rueda, así queda sustentado el recurso de apelación ante el Despacho, muchas gracias”.

falleció el 27 de abril de 2003 (folio 11) momento para el cual gozaba de pensión legal de vejez reconocida por el ISS mediante la Resolución No. 001339 del 4 de febrero de 1994 (folio 28 y expediente administrativo – CD 2); **(ii)** que NEETY ENRIQUE RUEDA RODRÍGUEZ contrajo matrimonio con MARÍA INÉS HERNÁNDEZ el 7 de mayo de 1955 y que la sociedad no se había disuelto para la fecha de la muerte del causante (ver registro civil de matrimonio - folio 12 y acta de matrimonio - folio 13); y, **(iii)** que mediante la Resolución No. 00556 del 28 de enero de 2004 el ISS reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de HENNY ELIANA RUEDA IBARRA (hija menor) en cuantía del 50%, y en favor de MARÍA INÉS HERNÁNDEZ DE RUEDA (cónyuge) en cuantía del 50% restante (folios 29 y 30 y expediente administrativo– CD 2), porcentaje este último que fue dejado en suspenso mediante Resolución No. 0007235 del 8 de marzo de 2005, por existir conflicto de beneficiarias (folios 31 a 33 y expediente administrativo– CD 2).

La Sala debe resolver la materia que fueron objeto de apelación: si se demostraron o no los requisitos de acceso a la prestación que en primera instancia se reconoció en parte a favor de MARÍA DEL CARMEN IBARRA (compañera permanente).

Para resolver esta controversia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, a la cónyuge o a la compañera permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco años antes del óbito.

Sin embargo, dice la norma, cuando existe cónyuge con sociedad conyugal no disuelta y compañera permanente que disputa el derecho a suceder al causante –como ocurre en el caso bajo estudio- la pensión se debe dividir entre ellas en forma proporcional al tiempo de convivencia que cada una hubiera mantenido con el fallecido durante toda su vida, si dentro de los (5) cinco años anteriores a la muerte el pensionado mantuvo convivencia simultánea con la cónyuge y la

compañera permanente con derecho a sucederlo [por haber convivido con él más de 5 años]³, o si convivía únicamente con la compañera, pero se demuestra que con la sociedad conyugal estaba vigente en la fecha del óbito y que hubo convivencia con la cónyuge por más de 5 años en cualquier tiempo.

Sobre el requisito de convivencia, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la pensión de sobrevivientes protege al núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte, y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, y SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), y debe ser evaluada en cada caso dado que *“pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo que no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua”* (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 1399 de 2018, M.P. C CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Con estas premisas normativa y una vez revisada la evidencia que se aportó al expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues las pruebas acreditan convivencia del causante con MARÍA INÉS HERNÁNDEZ DE RUEDA (cónyuge) durante **47 años y 11 meses**, entre el 7 de mayo de 1955 fecha en la que contrajeron matrimonio y el 27 de abril de 2003 cuando falleció el causante, y convivencia del causante con MARÍA DEL CARMEN IBARRA (compañera permanente) durante los **34 años y 8 meses** inmediatamente anteriores al fallecimiento, es decir, entre el 20 de agosto de 1968 (cuando nació la hija mayor de la pareja – ver folio CD 3) y la fecha del deceso.

Se llega a la conclusión respecto de la cónyuge (demandante) al observar el registro civil y el acta de matrimonio, que carecen de notas al margen o al

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencias SL13368-2014 Rad. 59772, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno y SL1399-2018 Rad. 45779, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

dorso que indiquen una cesación de efectos o separación (folios 12 y 13); la declaración juramentada suscrita por el causante ante el Notario 30 del Círculo de Bogotá el 8 de junio de 1993 (folio 16); y los testimonios rendidos por FILOMENA GONZÁLEZ DE ZAPATA (hermana de la demandante quien conoció al causante desde 1955), JAIRO ZAPATA ALDANA (cuñado de la demandante quien conoció a la pareja desde 1964) y JESÚS ORREGO DAMELINES (vecino de la pareja desde el año 1976) (Audiencia del 23 de enero de 2020, archivo “L11001310502320170042600 110013105023 01 02.WMA” Mins. 10:38, 14:44 y 18:35, respectivamente), quienes afirmaron que los esposos no tuvieron hijos, pero convivieron en Bogotá desde el matrimonio y sin separación hasta la fecha del fallecimiento del causante.

Respecto de la compañera MARÍA DEL CARMEN IBARRA se allegaron los registros civiles de nacimiento de los 5 hijos que engendró la pareja (CD 3 archivo “CONTESTACION (sic) DEMANDA.pdf” folios 14 a 18); y se recibieron las declaraciones de JOSÉ TEODORO CLAVIJO LADINO (quien conoció a la pareja desde 1975 o 1976 hasta 1999), JOSÉ FRANCISCO CASAS GÓMEZ (esposo de la hermana de la demandada), SANDRA PATRICIA RUEDA IBARRA (hija de la pareja) y MARÍA JOSEFA SIERRA DE CASAS (la demandante y el causante fueron su padrinos de matrimonio) (Audiencia del 23 de enero de 2020, archivo “L11001310502320170042600 110013105023 01 02.WMA” Mins. 40:17, 46:50 y 55:18 y Hora 1:06:18, respectivamente), quienes fueron coincidentes en señalar que el causante, debido a su trabajo, viajaba mucho y sólo estaba en la casa en Fusagasugá cada 8 o 15 días, pero en ese tiempo siempre se identificó como pareja de la señora MARÍA DEL CARMEN IBARRA, unión de la cual nacieron 5 hijos, que siempre estuvieron juntos en reuniones familiares y fechas especiales, que nunca se separaron, y que el causante respondía económicamente por el hogar enviando dinero a la casa a través de amigos o compañeros de trabajo de la empresa Bavaria. SANDRA PATRICIA RUEDA IBARRA afirmó que la última vez que su madre tuvo contacto con el causante fue más de un mes antes del fallecimiento y que no se acercó al hospital porque fue entonces cuando se enteraron que su padre era casado.

Se demostró entonces que al margen del distanciamiento físico, existió comunidad plena de vida y la constitución de una familia con 5 hijos entre el causante y MARÍA DEL CARMEN IBARRA, con “*lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua*”, como lo ha exigido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como lo concluyó la sentencia apelada que será confirmada.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CIEN MIL PESOS MCTE (\$100.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.
CONTRA LA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por la ARL COLMENA S.A., contra la sentencia dictada el 19 de enero de 2021 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a la ARL COLMENA S.A. a pagar a favor de la ARL POSITIVA el valor del retroactivo de una pensión de invalidez de origen profesional causada y pagada a favor de DIANA MILENA DUARTE MANTILLA, en proporción del 79.75% de la prestación, porcentaje que corresponde a la exposición al riesgo de la afiliada durante su vinculación a la ARL COLMENA, y la suma de \$7.151.747 por reembolso de prestaciones asistenciales que corresponden a la proporción de la misma exposición al riesgo en dicha ARL; además CONDENÓ a la ARL COLMENA a constituir la reserva matemática que corresponda para atender el pago de la pensión de invalidez a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, la Administradora de Riesgos Laborales POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. presentó demanda contra la COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A. para que mediante los trámites de un

proceso ordinario laboral se DECLARE que durante la afiliación de la trabajadora DIANA MILENA DUARTE en la ARL COLMENA estuvo expuesta a los riesgos ocupacionales de los que se derivó su pérdida de capacidad laboral (PCL), y en consecuencia, se condene a dicha administradora a: (i) reembolsar a POSITIVA el 100% (o el porcentaje que se determine) de los gastos que asumió por prestaciones asistenciales (\$8.967.708) y económicas (mesada pensional en cuantía de \$1.733.015 a partir del año 2017); (ii) constituir la reserva matemática para atender el pago de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que POSITIVA constituyó una reserva en la suma de \$429.474.696; y (iii) pagar intereses moratorios sobre los valores adeudados, o de forma subsidiaria, que se ordene el pago de dichas sumas de dinero debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que DIANA MILENA DUARTE fue vinculada a la ARL COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, para el cubrimiento de riesgos profesionales, entre el 1° de enero de 1996 y el 28 de febrero de 2013. el 1° de marzo de 2013 fue trasladada por el mismo empleador a la ARL POSITIVA, y durante esta vinculación le fue calificada una pérdida de capacidad laboral (PCL) del 50,90% lo que dio lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez establecida en el artículo 7 del Decreto 1295 de 1994. Manifiesta que durante la vinculación de la afiliada a la ARL COLMENA estuvo expuesta a los riesgos psicosociales, físicos, ergonómicos y locativos de los cuales se derivó su estado de invalidez, por lo que debe asumir en su totalidad el pago de las prestaciones asistenciales y económicas que reconoció la ARL POSITIVA. De forma subsidiaria solicita que se ordene el pago del porcentaje que corresponda a la demandada, por el tiempo durante el cual estuvo expuesta a dichos riesgos (ver demanda en folios 1 a 14 del expediente).

Notificada la demanda fue contestada por la ARL COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que la materialización del riesgo de la afiliada ocurrió durante su vinculación a la ARL POSITIVA S.A. si se tiene en cuenta que la

PCL de DIANA MILENA DUARTE se estructuró el 3 de junio de 2015 (2 años después de su afiliación a POSITIVA). Aduce que, de todas formas, no hay prueba de la efectiva causación del derecho pensional, ni de que las prestaciones de naturaleza asistencial cuyo pago se reclama se hayan efectuado para el tratamiento de una patología de origen laboral, ni de que dichos servicios y prestaciones hubieran sido efectivamente pagados. Además, manifiesta que la demanda que propuso POSITIVA pretende obtener una nueva o doble indemnización, pues el perjuicio que pudo sufrir la ARL con el cubrimiento total del riesgo fue compensado a su favor por el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 2509 de 2015, en virtud del cual pagó la suma total de \$16.281.339.000 por los siniestros pagados por POSITIVA entre el 1° de octubre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, y estimó que no se pueden emitir condenas en su contra con fundamento en un dictamen de PCL que no tuvo la oportunidad de controvertir. Finalmente y de prosperar las pretensiones de la demanda, manifiesta que: (i) la responsabilidad de COLMENA se encuentra limitada en proporción al tiempo en que la afiliada estuvo expuesta al riesgo que desencadenó su invalidez; (ii) no es procedente constituir una reserva matemática, pues NO se trata de una prestación asistencial o económica y su desembolso se encuentra sujeto a condiciones y/o eventualidades futuras; (iii) se debe compensar la indemnización por incapacidad permanente parcial que pagó a favor de DIANA MILENA DUARTE en la suma de \$27.212.526 en virtud del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que determinó la PCL derivada de un accidente de trabajo; y, (iv) se debe tener en cuenta el término de prescripción trienal. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *ausencia de prueba debida de la ocurrencia del siniestro que dio lugar a los rubros cuyo reembolso reclama POSITIVA, improcedencia del derecho al recobro por ausencia de los elementos legalmente exigidos para tal efecto, ausencia de prueba de la existencia y/o pago de las prestaciones cuyo cobro se pretende, materialización del riesgo por fuera de la cobertura otorgada por COLMENA SEGUROS S.A., compensación con la indemnización por incapacidad permanente parcial reconocida por COLMENA SEGUROS S.A. a la señora DIANA MILENA DUARTE el 28 de marzo de 2014 en la suma de \$27.212.526,*

extinción de la obligación en virtud del mecanismo de compensación ordenado por el Gobierno Nacional, prescripción, la responsabilidad de COLMENA SEGUROS SA se encuentra limitada en proporción al tiempo en que la señora DIANA MILENA DUARTE haya estado expuesta al riesgo que desencadenó su invalidez, improcedencia de condena por concepto de intereses moratorios y/o costas procesales (ver contestación en folios 183 a 242 del cuaderno principal).

Mediante providencia dictada el 30 de abril de 2019, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá dispuso el decreto y práctica del dictamen pericial solicitado por la ARL COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (ver CD 3 y acta en folio 304).

Terminó la primera instancia con sentencia de 19 de enero de 2021, a través de la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá condenó a la ARL COLMENA S.A. a pagar a favor de la ARL POSITIVA: (i) el valor del retroactivo de la pensión de invalidez de origen profesional causado y pagado a favor de DIANA MILENA DUARTE MANTILLA, en proporción del 79.75% de la prestación, porcentaje que corresponde a la exposición al riesgo de la afiliada durante su vinculación en la ARL COLMENA, y (ii) la suma de \$7.151.747 como reembolso de las prestaciones asistenciales que corresponden a la proporción de la exposición al riesgo en dicha ARL. Además, CONDENÓ a la ARL COLMENA a constituir la reserva matemática que corresponda para atender el pago de la pensión de invalidez a partir de la ejecutoria de la sentencia.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la ARL COLMENA seguros de vida a pagar a la sociedad POSITIVA compañía de seguros la suma de \$7.151.747,13 por concepto de reembolso de prestaciones asistenciales y pensionales reconocidas y pagadas por esta entidad a la señora Diana Milena Duarte Mantilla que corresponde a la proporción del tiempo exposición al riesgo que estuvo en dicha administradora, cifras que deberán pagarse debidamente indexadas, la*

proporción es del 79,75%. SEGUNDO: CONDENAR a la misma ARL COLMENA S.A. seguros de vida a pagar a la sociedad POSITIVA compañía de seguros, lo correspondiente al retroactivo pensional causado y pagado la señora Diana Milena Duarte Mantilla hasta el momento de la ejecutoria esta sentencia se ordena el pago de retroactivo pensional conforme a la cuota parte del 79,75% del valor de la pensión por invalidez mensual que corresponde la proporción del tiempo de exposición al riesgo que estuvo en dicha administradora, cuya cuota parte inicial alcanza la suma de 1.382.079 con 46 centavos mensuales al igual que dicha prestación se cancelarán con los incrementos anuales, cifras que deberá pagarse igualmente debidamente indexadas al momento de su pago. TERCERO: CONDENAR a la ARL COLMENA seguros de vida a constituir a favor de POSITIVA compañía de seguros a partir de la ejecutoria de esta sentencia reserva matemática para atender el pago de la pensión por invalidez de la señora Diana Milena Duarte Mantilla en razón a la proporción del tiempo de exposición al riesgo que estuvo cree en esa ARL. CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda. QUINTO DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas. SEXTO CONDENAR en costas a la demandada” (CD 4, audiencia virtual No 2, minuto 38:40).

Para tomar su decisión el juez de primera instancia señaló que la afiliada DIANA MILENA DUARTE MANTILLA venía siendo tratada desde el año 2000 por enfermedades de origen profesional que evolucionaron durante 15 años y de las cuales se derivó su invalidez, por lo cual estuvo expuesta al riesgo durante su vinculación a la demandada ARL COLMENA S.A. y por ello debe pagar las prestaciones asistenciales y económicas que se derivan de las secuelas del accidente de trabajo y de la enfermedad laboral que padece en proporción al tiempo de afiliación a dicha administradora, entre el 1º de enero de 1996 y el 28 de febrero de 2013, esto es en proporción del 79,75%. Tratándose de las prestaciones asistenciales, advirtió que la ARL POSITIVA (demandante) certificó haber pagado la suma total de \$8.967.708, y en consecuencia, le corresponde a la ARL COLMENA (demandada) reembolsar

a su favor la suma de \$7.152.747. No encontró demostradas las excepciones de compensación y de prescripción propuestas por la ARL demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del juzgado, la apoderada de la ARL COLMENA solicita que se revoque la sentencia y se le absuelva de todas las condenas impuestas. Subsidiariamente pide que se revoque la condena a constituir una reserva matemática para garantizar el pago del derecho pensional, la condena a pagar de forma indexada las sumas adeudadas, y que se modifique el valor de las condenas impuestas por concepto de prestaciones asistenciales y económicas. Afirma que no se pudo acreditar de manera clara, suficiente y certera, la existencia de las prestaciones cuyo recobro se pretende, ni los pagos que dice haber efectuado la ARL demandante, ni que el valor recobrado corresponda efectivamente al tratamiento de la enfermedad profesional objeto de calificación, pues la demandante se limitó a aportar una certificación que, además de no tener idoneidad probatoria, de los valores que allí se reportan se obtiene una suma inferior a las condenas impuestas en primera instancia. Aduce que las prestaciones recobradas tuvieron origen en la materialización de unos riesgos que se concretaron por fuera de la cobertura otorgada por COLMENA (ARL demandada) pues se consolidaron durante la afiliación de DIANA MILENA DUARTE en POSITIVA (ARL demandante), y que la trabajadora recibió la suma de \$27.200.526 a título de indemnización por incapacidad permanente parcial con ocasión de su afiliación a la ARL COLMENA (primera afiliación), lo que demuestra que cumplió con todas las obligaciones que tuvo a su cargo durante dicha vinculación. Considera que no se puede equiparar el tiempo de afiliación a la ARL con el tiempo de exposición al riesgo, y que la ARL POSITIVA debió acreditar que a partir del momento de la vinculación de la trabajadora se tomaron las medidas de control necesarias para gestionar correctamente el riesgo, pues el aumento de la PCL del 30% al 50% ocurrió a una mala gestión del riesgo de su parte. Estima improcedente la constitución de la reserva matemática, pues el pago de la mesada pensional se encuentra sujeto a muchas eventualidades y no se acreditaron los criterios

técnicos y fácticos que se tomaron para realizar dicho cálculo, por lo que considera que constituye un enriquecimiento sin justa causa en favor de la ARL demandante. Manifiesta que el juez de primera instancia no se pronunció sobre la compensación que dispuso mediante decreto del Gobierno Nacional, pues en esta se incluyó la siniestralidad reportada por POSITIVA entre octubre de 2014 y septiembre de 2015. Considera que operó la prescripción sobre las prestaciones reclamadas y que no procede la indexación de las condenas pues ello impone una sanción a COLMENA pese a que las consecuencias del paso del tiempo le son imputables a POSITIVA por su inactividad para presentar las reclamaciones ante COLMENA (CD 4, audiencia virtual No 2, minuto 42:40)¹.

¹ *“Muchas gracias señor Juez, muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia recién proferida, toda vez que de conformidad con el acervo probatorio es claro que el Despacho no podía haber condenado a mi representada a el reembolso de las prestaciones asistenciales y económicas aquí pretendidas por cuanto no se acreditó el cumplimiento de los requisitos indispensables para la procedencia de la presente acción, en efecto no se pudo acreditar de manera clara, suficiente y certera la existencia de las prestaciones cuyo recobro se pretendía, así como el supuesto pago efectuado por la parte demandante, sino que la parte actora simplemente se limitó allegar una certificación que de conformidad con los principios básicos del derecho probatorio no revisten la idoneidad necesaria para acreditar lo pretendido y máxime cuando se sustentan en sus propios dichos. En el mismo sentido dado que la norma exige que el recobro verse sobre prestaciones que efectivamente fueron asumidas por la ARL que ejerce el recobro, es claro que el reconocimiento de la reserva matemática era improcedente pues tal concepto ni siquiera constituye una erogación efectiva y cierta y por el contrario su pago se encuentra sujeto a muchas eventualidades, de manera que su reconocimiento claramente está implicando un enriquecimiento sin justa causa en favor de la actora, adicionalmente no se pudo acreditar de manera certera cuáles fueron los fundamentos técnicos y fácticos que se tuvieron en cuenta para efectuar dicho cálculo de manera que ante la evidente actividad, carente actividad probatoria por parte de la demandante no podía el Despacho entrar a suplir esa carga procesal que le fue impuesta en virtud del artículo 167 del Código General del Proceso y de acuerdo a lo ha venido reconociendo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de mayo del 2010, la ley le impone a cada extremo del litigio la tarea de traer a juicio de manera oportuna y conforme a las eventualidades de cada caso los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron o qué son del modo en que se presentan, perdón, de tal manera que se logre conseguir la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que la invocan. En sustento de lo anterior, es pertinente traer a colación lo dicho por el Tribunal Superior en sentencia del 14 de noviembre del 2019, que cuando se analizó un caso similar al que nos ocupa, en, dentro del radicado 2017 664, en el que la falta de acreditación fehaciente de esas prestaciones que habían sido recobradas, dio lugar a la exoneración de responsabilidad de mi representada de hacer las constancias de los servicios aprobados a los trabajadores y el reporte global de las supuestas incapacidades no permitían identificar que efectivamente si hubiera realizado el pago de la prestación ni que concepto recobrado correspondía efectivamente a la enfermedad y al riesgo objeto de calificación, concretamente en relación con las prestaciones asistenciales, es cierto que se portaron unas cuentas de cobro que de manera alguna evidencian que efectivamente estás se pagaron o no y en todo caso una vez sumadas las mismas es evidente que el valor arrojado es muy inferior al que fue objeto de recobro y reconocido por este Despacho. Adicionalmente no puede condenarse a mi representada, teniendo en cuenta que la norma exige que las prestaciones*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que DIANA MILENA DUARTE MANTILLA fue afiliada por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a la ARL COLMENA para el cubrimiento de sus riesgos profesionales el 1° de enero de 1996 y estuvo

recobradas se encuentren causalmente ligadas con un riesgo al que se haya encontrado expuesta a la señora Duarte durante su vinculación a mi representada y en el presente caso, quedo suficientemente acreditado que esas prestaciones recobradas tuvieron origen en la materialización de un riesgo que se concretaron por fuera de la cobertura otorgada por COLMENA y por el contrario se concretaron a partir del 3 de junio del 2015 durante la afiliación de la señora Duarte a POSITIVA, que reitero y se resalta que durante la afiliación de la señora Diana mi representada realizó un proceso de calificación que culminó el 5 de febrero del 2014 mediante un dictamen proferido y en firme por la junta Nacional de Cali situación en virtud del cual se determinó una pérdida de capacidad del 30,31% razón por la cual mi representada procedió al pago de \$ 27.200.526 a título de indemnización por IPP quedando así suficientemente acreditado que mi representada ya había cumplido con todas las obligaciones a su cargo durante el periodo de afiliación de la señora Duarte actualmente. Adicionalmente debía descontar esas sumas de cualquier condena y no fue tenida en cuenta para tales efectos, por lo cual mi representada respetuosamente considera que el Despacho igual erró en tal decisión. Ahora bien, en gracia de discusión en cuanto al tiempo distribución del riesgo, erró la sentencia al equiparar el tiempo de afiliación con el tiempo de exposición pues se trata de conceptos completamente diferentes, toda vez que la vinculación a una determinada ARL es una simple elección del empleador, mientras que la exposición al riesgo está ligada al ejercicio de una actividad específica de manera que al no haberse tenido en cuenta criterios objetivos que llevarán al juzgador de primera instancia a establecer el periodo de exposición y además de suplir la carga probatoria de la parte demandante, considera mi representada que es equivocada tal decisión, de hecho no se tuvo en cuenta que para distribuir el riesgo, en lo relativo a los niveles de exposición POSITIVA no acredito que a partir del traslado de la señora Duarte se tomaron las medidas de control necesarias para gestionar correctamente el riesgo que anda acreditado que, esté, ese porcentaje entre el 30% y el 50% de calificación de la pérdida de capacidad laboral claramente se debió a una mala gestión del riesgo por parte de la ARL demandante y por lo tanto al haber gestionado mal el riesgo y haberse dado durante la afiliación de la señora ...POSITIVA era esa ARL la llamada a asumir esas prestaciones. Ahora bien la sentencia no se pronunció en relación a que en el caso concreto había operado el mecanismo de la compensación decreto por el gobierno nacional, pues es claro que este siniestro se incluyó se compensó o estuvo por indemnizado toda vez que se tuvo en cuenta la siniestralidad reportada por POSITIVA de octubre 2014 hasta septiembre del 2015 y con base en eso siniestros reportados fue que se estableció la compensación en su favor, de manera que pues no, al no haberse pronunciado el Despacho pues ni siquiera se tuvo la oportunidad de evaluar esa excepción. Igualmente era clara la prescripción de las prestaciones que supuestamente fueron pagadas... con anterioridad a la presentación de la demanda sin haberse tenido en cuenta que las facturas presentadas por esta, por esa ARL claramente datan de una fecha anterior al 28 de febrero del 2015, tampoco procedía la indexación en la medida que su reconocimiento implica de alguna manera imponer un tipo de sanción a mi representada y hay que tener en cuenta que es que aquí hubo una inactividad por parte de la demandante quién con anterioridad al presente proceso nunca presentó ninguna reclamación a Colmena y finalmente, pues en lo que respecta a los intereses moratorios solicitó se confirme la decisión de primera instancia. En mérito de lo expuesto pues respetuosamente solicitó se conceda el recurso apelación y el honorable Tribunal revoque la sentencia proferida en primera instancia y se exonere de toda responsabilidad a mi representada".

vinculada a dicha administradora hasta el 1° de marzo de 2013 fecha en la cual se traslado a la ARL POSITIVA (ver certificaciones de afiliación aportadas por ambas ARL's obrantes en folios 25 y 243); (ii) que el 28 de marzo de 2014 la ARL COLMENA pagó a la afiliada la suma de \$27.212.526 como indemnización por incapacidad permanente parcial (folio 248) en virtud del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 5 de febrero de 2014 que determinó una PCL del 30,31%, estructurada el 16 de julio de 2012, cuyo origen fue un *accidente de trabajo* (folios 250 a 261); y (iii) que la ARL POSITIVA reconoció a favor de la demandante pensión de invalidez por enfermedad laboral, a partir del 1° de marzo de 2017 en cuantía inicial de \$1.733.015 (folio 19), en virtud del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 17 de febrero de 2016, a través del cual se determinó una PCL de la afiliada del 50,90%, estructurada el 3 de junio de 2015 por *enfermedad laboral* (folios 51 a 61).

El Tribunal estudiará la procedencia del reembolso en favor de la ARL POSTIVA y a cargo de la ARL COLMENA, de los valores que pagó la primera a DIANA MILENA DUARTE MANTILLA por servicios asistenciales y por las prestaciones económicas que surgieron de la condición de invalidez de origen profesional que definió la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, y en dado caso el tipo de prestaciones y los parámetros bajo los cuales se debe realizar dicho reembolso.

- **REEMBOLSO ENTRE ADMINISTRADORAS DE RIESGOS LABORALES POR SERVICIOS ASISTENCIALES Y PRESTACIONES ECONÓMICAS RECONOCIDAS EN EL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES**

Según el artículo 1° de la Ley 1562 de 2012, el Subsistema General de Riesgos Laborales está diseñado para atender “a los trabajadores de los efectos y los accidentes que puedan ocurrirles como consecuencia del trabajo que desarrollan”, para lo cual, el parágrafo 2 del artículo 1° de la Ley 776 de 2002

dispuso que las prestaciones asistenciales y económicas que se derivan de las contingencias de incapacidad, invalidez o muerte de origen laboral, “*serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación*”. No obstante, la administradora de riesgos laborales que tiene a cargo la prestación de servicios asistenciales y/o el pago de prestaciones económicas a favor de sus afiliados por enfermedades profesionales², puede “*repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura*” (parágrafo 2, artículo 1° de la Ley 776 de 2002).

El procedimiento para ejercer la acción de recobro o reembolso entre administradoras de riesgos laborales se encuentra definido en el artículo 2.2.4.4.5. del Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo) en los siguientes términos:

“(…) La entidad administradora de riesgos laborales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad laboral, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata al tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en función de la causa de la enfermedad.

La entidad administradora de riesgos laborales que asuma las prestaciones económicas, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización permanente parcial, o se

Ver la definición de enfermedad laboral establecida en la Ley 1562 de 2012, según la cual es aquella “*contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar*” (artículo 4°).

reconozca definitivamente la pensión de invalidez o sobrevivientes

(subrayado y negrilla fuera del texto).

Para que proceda el reembolso entre administradoras de riesgos laborales se debe demostrar -en consecuencia- que la enfermedad de origen profesional que padece el afiliado se derivó de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad para la cual se le había sido afiliado a la ARL de la que se pretende dicho reembolso. La carga de aportar la prueba de dicha situación la tiene la entidad que está demandando en el proceso el reembolso, en los términos del artículo 167 del CGP.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente encuentra el Tribunal que si bien la estructuración de la condición de invalidez de DIANA MILENA DUARTE MANTILLA por las enfermedades de origen profesional (*degeneraciones del disco cervical y trastorno de adaptación*) ocurrió durante la afiliación de la trabajadora a la ARL POSITIVA, lo cierto es que durante la vinculación de la trabajadora a la ARL COLMENA S.A. estuvo expuesta a los factores de riesgo ocupacionales de los que se derivaron las enfermedades profesionales y que generaron las prestaciones que pagó la ARL POSITIVA, lo que da lugar al reembolso ordenado en primera instancia a cargo de la ARL COLMENA S.A. y en favor de la ARL POSITIVA.

Los documentos aportados evidencian que durante toda la vinculación de DIANA MILENA DUARTE MANTILLA al Subsistema General de Riesgos Laborales (entre el 1° de enero de 1996 y el mes de febrero de 2017) ocupó el cargo de *investigadora criminalística* sin que hubieran ocurrido cambios en el cargo las funciones u otros factores que hubieran afectado la exposición a riesgos laborales. La actividad económica reportada por la entidad empleadora frente a ambas administradoras fue la misma: *“empresas dedicadas a actividades de la justicia incluye solamente a empresas dedicadas a los servicios prestados por la jurisdicción penal como magistrados, jueces regionales, jueces penales del circuito, fiscales y/o servicios de seguridad de la Fiscalía General de la Nación, servicios*

*prestados por el Ministerio Público en lo Penal, como procuradores delegados para los derechos humanos, procuradores delegados ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, funcionarios y empleados de la oficina de investigaciones especiales y empleados de los cuerpos de seguridad*³.

Además, los dictámenes de pérdida de capacidad laboral que aportaron las partes⁴ demuestran que las enfermedades de origen profesional que derivaron en la condición de invalidez de la afiliada (*degeneraciones del disco cervical y trastorno de adaptación* –ver dictamen de pérdida de capacidad laboral en folios 51 a 61) se iniciaron a raíz del accidente de trabajo que sufrió el día 5 de mayo del año 2000 cuando cayó de la motocicleta oficial mientras cumplía funciones como investigadora del CTI de la Fiscalía momento a partir del cual comenzó el tratamiento médico por el diagnóstico *otras degeneraciones del disco cervical o hernia de disco cervical operada*, además de las patologías psiquiátricas de origen profesional denominadas *trastorno adaptativo* por las cuales comenzó a ser tratada en el año 2007 (cuando se encontraba afiliada a la ARL COLMENA), enfermedad que fue valorada en diferentes oportunidades e instancias a partir del año 2010 por las juntas de calificación de invalidez.

³ Ver Registro Único de afiliados – RUAF, consultado de oficio por el Tribunal (anexado en folios 364 y 365).

⁴ Al expediente se aportaron los siguientes dictámenes los siguientes dictámenes: (i) el expedido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE SANTANDER el 21 de mayo de 2013, mediante la cual se calificaron las secuelas de la patología de DIANA MILENA DUARTE MANTILLAS denominadas *otras degeneraciones del disco cervical y trastornos de adaptación*, derivadas del accidente del trabajo ocurrido en el año 2000, con una PCL del 33,94% estructurada el 16 de julio de 2012 (ver en folios 62 a 65, y 262 a 270 del expediente), modificada por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ mediante dictamen de 5 de febrero de 2014, la cual decidió únicamente valorar la patología *otros trastornos especificados de los discos intervertebrales* bajo el argumento de que el cuadro psiquiátrico que padece la afiliada no era una secuela directa del accidente de trabajo, y disminuyó el porcentaje PCL en un 30,31% (ver en folios 250 a 261); y, (ii) por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 17 de febrero de 2016, mediante la cual se calificaron las patologías de DIANA MILENA DUARTE MANTILLAS denominadas *otras degeneraciones del disco cervical y trastornos de adaptación* de origen laboral, con una PCL del 50,90% estructurada el 3 de junio de 2015 (ver en folios 51 a 61 del expediente).

La validez material de las calificaciones referidas se confirmó en el proceso con el peritaje practicado por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER el 10 de febrero de 2020 (folios 331 a 336) realizada por remisión del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bucaramanga y decretada en este proceso por el juez de primera instancia, en la cual se valoraron las enfermedades de origen laboral, las secuelas del accidente de trabajo, se incluyó la enfermedad de origen común *síndrome del túnel carpiano*, y se ratificaron las conclusiones a la que llegó la Sala No 2 de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 17 de febrero de 2016 (origen o naturaleza de la invalidez y fecha de estructuración de la PCL), a excepción del porcentaje de PCL que fue aumentado en un 56,38%.

Del contenido de dichos dictámenes se puede concluir: (i) que la *lesión de segmentos móviles de la columna cervical* que padece la afiliada se derivó del accidente de trabajo que tuvo en el año 2000; (ii) que la enfermedad de origen psicológico o psiquiátrico inicialmente valorada como *estrés severo postraumático* evolucionó a los diagnósticos *síndrome depresivo*, *trastorno ansioso depresivo*, *estrés laboral* y *trastorno de ansiedad generalizada*, y concluyó en el diagnóstico *trastorno adaptativo*; y, (iii) que la evolución paulatina de ambas enfermedades fue agravando su condición de salud y por ello de su valoración en conjunto se definió la condición de invalidez de la trabajadora: por la enfermedad en la columna vertebral se le calificó una deficiencia del 40%, y por la enfermedad psicológica se determinó una deficiencia del 35%.

Resulta claro entonces que hubo exposición a los riesgos que generaron las prestaciones que cubrió la ARL POSITIVA durante la afiliación de trabajadora a la ARL COLMENA, y por ello proceden los reembolsos que ordenó la sentencia apelada, que será confirmada en lo pertinente.

- **PROPORCIÓN DE EXPOSICIÓN A LOS RIESGOS DURANTE LA VINCULACIÓN DE LA TRABAJADORA EN LA ARL COLMENA**

Para determinar el porcentaje que corresponde pagar por las prestaciones asistenciales y económicas que pagó la ARL POSITIVA en favor de la afiliada DIANA MILENA DUARTE MANTILLA, se debe tomar la exposición al riesgo de la trabajadora en función de la causa de las enfermedades, según lo ordena el artículo 2.2.4.4.5. del Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo). Dicha exposición puede coincidir o no con el periodo de afiliación o cobertura a cada ARL, y por ello se debe analizar en cada situación particular la relación de causalidad entre los factores de riesgo ocupacional y las enfermedades que fueron reconocida como de origen laboral, conforme la definición establecida en el artículo 4° de la Ley 1562 de 2012.

Para el caso en estudio y dado que la invalidez se dedujo de la valoración en conjunto de una enfermedad en la columna vertebral (por la cual se calificó una deficiencia del 40%) y de una enfermedad psicológica o mental (por la cual se determinó una deficiencia del 35%) originadas en diferentes momentos durante el tiempo de vinculación a la ARL POSITIVA⁵ se tomarán como tiempos de exposición al riesgo los mismos tiempos de afiliación en cada una de las ARL's.

Así las cosas, la exposición al riesgo que tuvo como consecuencia la condición de invalidez de DIANA MILENA DUARTE MANTILLA fue en total de 19 años, 6 meses y 1 día, que corresponden a la ARL COLMENA por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1996 (fecha de afiliación a esa ARL) y el 30 de junio de 2015 (fecha en que se estructuró la invalidez de la afiliada), de lo cual surge el porcentaje de 88,05% a su cargo de las prestaciones, por exposición a los riesgos ocupacionales durante la vinculación de la trabajadora en la ARL COLMENA:

TABLA DE EXPOSICIÓN AL RIESGO

⁵ Las enfermedades de la columna vertebral se derivan del accidente del trabajo que tuvo lugar el 5 de mayo de 2000, y las enfermedades de naturaleza psicológica o psiquiátrica comenzaron a ser tratadas en el año 2007.

EXPOSICIÓN AL RIESGO ENTRE EL 1° DE ENERO DE 1996 Y EL 30 DE JUNIO DE 2015				
ARL	FECHA INICIO EXPOSICIÓN	FECHA FINALIZA AFILIACIÓN O ESTRUCTURACIÓN DE LA CONTINGENCIA	DÍAS DE EXPOSICIÓN	PORCENTAJE DE EXPOSICIÓN
COLMENA	01/01/1996	28/02/2013	6268	88,05%
POSITIVA	01/03/2013	30/06/2015	851	15,38%

Como en la sentencia apelada se definió un porcentaje inferior (79,75%), se confirmará la decisión de primera instancia para no agravar el interés del único apelante.

Ninguna evidencia se aportó por la demandada sobre una mala gestión del riesgo por parte de la ARL POSITIVA, o que por dicha situación (culpa) se hubiera generado la invalidez de la demandante. Las medidas de reparación que se derivan de las contingencias a cargo de las administradoras Sistema de Riesgos Laborales (ARL's) corresponden a una reparación tarifada que define ley y que surge del aseguramiento de dichos riesgos (asistencia médica, incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial y el derecho pensional por invalidez o muerte).

• **REEMBOLSO DE LOS SERVICIOS ASISTENCIALES**

Considera la Sala que para el trámite de reembolso de los servicios asistenciales a cargo del Sistema de Riesgos Laborales, esto es, los servicios de salud, tratamientos de rehabilitación y servicios de medicina ocupacional que requiere el afiliado para la atención de los riesgos de origen profesional (ver artículos 5 y 6 del Decreto 1295 de 1994), se debe aplicar por analogía⁶

⁶ Lo anterior porque en el artículo 2.2.4.4.5 del Decreto 1072 de 2015 solo se hace referencia a las solicitudes de reembolso de las prestaciones económicas, es decir, ante incapacidad temporal, indemnización permanente parcial o el reconocimiento de la pensión de invalidez o sobrevivencia, pero no para las prestaciones *asistenciales*.

el procedimiento y las exigencias establecidas en los artículos 2.2.4.4.3. y 2.2.4.4.4. del Decreto 1072 de 2015, que definen el trámite a seguir por las entidades promotoras de salud (EPS) para el reembolso de los servicios asistenciales que prestaron a favor de afiliados de las administradoras de riesgos laborales (ARL).

En tales normas se dispone para el reclamante la carga de aportar la historia clínica *“con los diagnósticos y tratamientos relativos a los riesgos laborales”, y la “copia de la cuenta de cobro presentada por la institución prestadora de servicios, en la que se especifiquen los procedimientos medicoquirúrgicos y servicios prestados al afiliado”* (entre otros requisitos, como el diligenciamiento de un formulario). Tales elementos resultan indispensables no solo para acreditar que los servicios objeto de recobro fueron efectivamente prestados y sufragados, sino también y fundamentalmente para verificar que tienen relación directa con las enfermedades profesionales que se derivaron de la exposición a los riesgos ocupacionales, durante la afiliación del trabajador en la ARL de la que se pretende el pago.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la documentación que se debe exigir cuando se adelanta el trámite (análogo) de reembolso o recobro entre las EPS y ARL, y estableció que los requisitos definidos en el artículo 4 del Decreto 1774 de 1994 (recogidos en el Decreto Unificado 1072 de 2015 antes referido) *“no son imposibles de cumplir por parte de la EPS, pues la información que estas deben incorporar en el formulario, así como los anexos exigidos en copia por la ley, están a su alcance. Estos requisitos fijados por el legislador son idóneos, necesarios y proporcionales a su propósito, cual es asegurar que la ARL pague a la EPS lo que realmente le corresponde pagar, según su responsabilidad definida en el sistema de riesgos laborales”* (ver sentencia SL 3814 de 2020, M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR), criterio que el Tribunal estima debe ser aplicado cuando se trata

de la solicitud de reembolso entre ARL's por la proporción al tiempo de exposición al riesgo.

Con base en lo dicho la Sala revocará la decisión dictada en primera instancia en cuanto condenó a la ARL COLMENA a pagar a favor de POSITIVA la suma de \$7.151.747 por prestaciones asistenciales, pues al expediente no se aportaron elementos de juicios suficientes para establecer si los servicios asistenciales cuyo reembolso se reclama fueron efectivamente sufragados, y/o si se prestaron para atender las enfermedades profesionales *“otras degeneraciones del disco cervical y trastornos de adaptación”* que padece DIANA MILENA DUARTE MANTILLA.

Al plenario se aportaron como pruebas, una certificación suscrita por el Gerente de Indemnizaciones de la ARL POSITIVA con la que se pretende demostrar el pago de \$8.967.708 por concepto de prestaciones asistenciales otorgadas a favor de DIANA MILENA DUARTE MANTILLA (folio 72), y varias cuentas de cobro presentadas por la sociedad HEALTH WORKERS S.A. *“dentro del proyecto FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en SANTANDER”* en las cuales se relaciona a la afiliada junto y los valores que corresponden a la atención y consultas que se prestaron (ver folios 73 a 85), pruebas insuficientes pues la primera certificación carece de valor probatorio en la medida en que *“a nadie le está permitido constituir su propia prueba”*, y las cuentas de cobro no son conducentes ni útiles para establecer si los servicios asistenciales fueron efectivamente prestados y sufragados, ni para deducir que obedecieron al tratamiento de las enfermedades profesionales que padece la afiliada por exposición a riesgos ocupacionales en la ARL COLMENA.

De todas formas y ante cualquier interpretación en contrario, las prestaciones asistenciales cuyo cobro se reclama se encuentran afectadas por el término trienal de prescripción, a excepción de los servicios cobrados en la cuenta obrante en folios 84 y 85 por \$1.466.667. La demanda se presentó el 27 de febrero de 2018 (folio 87), y por ello se encuentra prescrita la acción para

reclamar el reembolso de las prestaciones asistenciales que se pudieron prestar antes del 27 de febrero de 2015 (las cuentas de cobro obrantes en folios 73 a 82 son anteriores a dicha data).

- **REEMBOLSO DE LA PENSIÓN INVALIDEZ**

Ahora, tratándose de la pensión de invalidez o de sobrevivencia por riesgos profesionales, el artículo 2.2.4.4.5. del Decreto 1072 de 2015 establece la procedencia de su reembolso a favor de la administradora que asuma las prestaciones económicas, *“cuando se reconozca definitivamente”* la prestación, caso en el cual, la administradora que asumió el riesgo con anterioridad deberá constituir *“el capital necesario entendido como el valor actual esperado de la pensión de la referencia de invalidez o sobrevivientes, según el caso, que se genere en favor del afiliado o su núcleo familiar desde la fecha del fallecimiento, o del momento en el que dictamen de invalidez quede en firme, y hasta la extinción del derecho a la pensión (...) En caso de cesación o disminución del grado de invalidez que implique la extinción o la disminución de la pensión, la entidad administradora de riesgos laborales restituirá a las demás entidades administradoras, la porción del capital necesario que les corresponda”* (artículo 2.2.4.4.6 de la misma normatividad).

Con esta premisa normativa y dado que mediante la comunicación emitida el 31 de marzo de 2017 la ARL POSITIVA S.A. reconoció pensión de invalidez a favor de DIANA MILENA DUARTE MANTILLA a partir del 1 de marzo de dicha anualidad en cuantía inicial de \$1.733.015, procede el reembolso a cargo de COLMENA S.A. por mesadas de pensión de invalidez, en proporción a la exposición al riesgo como lo definió la sentencia de primera instancia, cuya proporción no se puede modificar, como ya se dijo antes.

La norma solo exige prueba del reconocimiento definitivo del derecho pensional, carga que cumplió la ARL demandante en este proceso, y que además se confirma con la información reportada en el Registro Único de Afiliados – RUAF consultada de oficio por el Tribunal (anexado en folios 364 y

365), base de datos en la cual se reporta en *estado activo* la pensión por riesgos profesionales reconocida a favor de DIANA MILENA DUARTE MANTILLA. La parte resolutive de la sentencia dictada en primera instancia dispuso, con claridad, el reembolso del retroactivo pensional causado y pagado a favor de la afiliada hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

En consecuencia, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia en cuanto condenó a la ARL COLMENA a pagar el retroactivo pensional causado y pagado a favor de la afiliada hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, y a constituir la reserva matemática para atender el pago del derecho pensional desde ese momento (ejecutoria de la sentencia), advirtiendo que si bien la norma antes referida dispone que se debe constituir la reserva matemática a partir del momento en el que el dictamen de PCL quede en firme (17 de febrero de 2016), como no se constituyó dicha reserva de forma oportuna y han transcurrido 4 años desde que se comenzó a pagar la prestación (1° de marzo de 2017) resulta adecuada la fórmula que dispuso el juez de primera instancia de someter el pago de la proporción que le corresponde a COLMENA sobre el retroactivo pensional causado hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, y la constitución de la reserva matemática para garantizar el pago de la prestación a partir de ese momento (ejecutoria de la sentencia). Además, la ARL demandada solo presentó controversia frente a la constitución de la reserva actuarial la cual -según se dijo- resulta procedente de conformidad con lo establecido en la normatividad referida (artículo 2.2.4.4.6 del Decreto 1072 de 2015).

No operó la prescripción del reembolso de las mesadas pensionales causadas pues el dictamen que calificó la condición de invalidez de DIANA MILENA DUARTE MANTILLA fue emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 17 de febrero de 2016, la mesada pensional se reconoció a favor de la demandante a partir del 1° de marzo de 2017, y la demanda se presentó el 27 de febrero de 2018, es decir, sin que transcurriera el término trienal de prescripción (folio 87).

Frente a la indexación de la proporción de las mesadas pensionales que se adeudan, se debe advertir para responder al argumento de apelación, que dicho pago no es *una sanción* sino el instrumento que contrarresta la devaluación de las obligaciones dinerarias por el paso del tiempo, instrumento que además se encuentra reconocido en el parágrafo 1°, artículo 5 de la Ley 1562 de 2012.

También se debe advertir frente a los argumentos esgrimidos por la demandada sobre falta de claridad sobre criterios técnicos y fácticos que tuvo la ARL POSITIVA para la calcular la reserva actuarial que dice constituyó en la suma total de \$429.474.696, que al margen de los cálculos que efectuaron cada una de las administradoras en el transcurso de este proceso, el juez de primera instancia definió en la parte motiva de la sentencia que se trataba de una nueva operación que se debía realizar en atención a los siguientes parámetros: (i) la metodología establecida en el artículo 2.3.1.4.3.3. del Decreto 2973 de 2013, (ii) que se debe constituir a partir de la fecha en la cual cobre ejecutoria la sentencia, y (iii) que se debe efectuar teniendo en cuenta los últimos salarios devengados y no los últimos salarios que sirvieron de base de cotización para efectuar el pago de los aportes en la ARL COLMENA (cuya vinculación terminó en el año 2013). Estos parámetros señalados en la parte motiva de la sentencia dictada en primera instancia no fueron controvertidos en la apelación por la ARL demandada.

Finalmente, para resolver los puntos de apelación propuestos por la ARL demandada en relación con la excepción de compensación, se debe señalar que el Tribunal estima improcedente la compensación de la suma que la ARL COLMENA pago a favor de DIANA MILENA DUARTE MANTILLA el 28 de marzo de 2014 en cuantía de \$27.212.526 por concepto de indemnización permanente parcial con los valores que le adeuda a la ARL POSITIVA, pues dicha suma de dinero no fue recibida por la ARL demandante quien no tuvo injerencia en el reconocimiento de la prestación económica que se estructuró en el año el 16 de julio de 2012 por las secuelas derivadas del accionante de trabajo ocurrido el 5 de mayo del año 2000 (fechas en las cuales la trabajadora

aún no se encontraba afiliada a la ARL POSITIVA). En caso de que la ARL COLMENA estime que como consecuencia del otorgamiento de la pensión de invalidez a favor de DIANA MILENA DUARTE MANTILLA a partir del año 2017, se debe retornar la suma que pagó por concepto de indemnización permanente parcial por resultar improcedente el pago simultáneo de ambas prestaciones, podrá adelantar las acciones legales que estime pertinentes para reclamar a la pensionada o a quien estime pertinente la suma pagada en el año 2014.

Tampoco procede la compensación de las sumas reconocidas por la ARL COLMENA en virtud de la expedición del Decreto 2509 de 2015, norma que estableció un mecanismo de compensación monetaria para corregir las consecuencias económicas de la concentración de riesgos en el Sistema General de Riesgos Laborales el cual se implementó de manera general y única en el año 2015 a fin garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema y los derechos de los trabajadores, pues tal mecanismo de compensación no derogó ni sustituyó las obligaciones que surgen a cargo de las ARL's, obligaciones establecidas en el parágrafo 2° de la Ley 776 de 2002 por la exposición de su ex afiliados a riesgos ocupacionales durante la vinculación en dichas administradoras. De todas y ante cualquier interpretación en contrario, se debe advertir, que si el valor dispuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Trabajo a cargo de la ARL COLMENA en la suma de \$16.281.339.000 para atender el mecanismo de compensación descrito (ver Resolución 5619 de 29 de diciembre de 2015 emitida por el Ministerio de Trabajo) sirviera para cubrir los riesgos que se estructuraron entre el 1° de octubre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, como lo entiende la apoderada de la ARL demandada, no incluiría el siniestro cuyo reembolso aquí se reclama pues el dictamen de PCL fue realizado en el año 2016 y el reconocimiento de la mesada pensional ocurrió en el año 2017 fechas posteriores a la expedición de las normas que establecieron el mecanismo de compensación.

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. **REVOCAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.
2. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN DE LOS REYES CALDAS
ORJUELA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 7 de mayo de 2021 por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la entidad demandada.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JUAN DE LOS REYES CALDAS ORJUELA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reajuste la pensión de jubilación reconocida a su favor a partir del momento en el que adquirió el status de pensionado, teniendo en cuenta los parámetros establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 y la totalidad de los factores salariales devengados. Afirma que la entidad debió tomar un IBL aproximado de \$4.200.000 (ver demanda en folios 2 a 8 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las

pretensiones con fundamento en que la entidad revisó la liquidación de la prestación y obtuvo una mesada pensional inferior a la que actualmente devenga el demandante, advirtiendo que se liquidó con el promedio de los últimos 10 años de cotizaciones y que se tomó la tasa de reemplazo que corresponde a las 1033,13 semanas cotizadas de forma exclusiva a COLPENSIONES. Sobre los hechos que fundamentan la demanda, afirma que reconoció a favor del actor el derecho pensional bajo los parámetros establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 a partir del 19 de diciembre de 2008, y que sobre las materias objeto de controversia opera el efecto de cosa juzgada, pues en el proceso ordinario laboral No. 31 2017 00725 00 se interpuso demanda a través de la cual se solicitaron las mismas pretensiones la cual terminó con sentencia absolutoria confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *cosa juzgada, prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica* (ver contestación a folios 56 a 61 del expediente digital).

Mediante providencia dictada en la audiencia celebrada el 7 de mayo de 2021, la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso oficiar al Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá para que allegara copia del proceso con radicado No. 11001310503120170072500, a fin de resolver la excepción de cosa juzgada propuesta por la entidad demandada (CD 3 – ver acta a folio 79), el cual fue incorporado al proceso mediante providencia proferida en la audiencia celebrada el 26 de abril de 2021 (CD 4 – ver acta a folio 85).

Terminó la primera instancia con sentencia de 7 de mayo del 2021, mediante la cual la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción de COSA JUZGADA propuesta por la entidad demandada. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO:*

DECLARAR probada la EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA propuesta por la parte demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JUAN DE LOS REYES CALDAS ORJUELA conforme a lo expuesto. TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor de la demandada, para lo cual se estiman las agencias en derecho la suma de \$100.000, por Secretaría liquídense en la oportunidad procesal correspondiente. CUARTO: En caso de que no se interponga el recurso de apelación contra la presente sentencia por Secretaría en el menor tiempo posible remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante. QUINTO: Como quiera que el expediente que en físico facilitó el Juzgado 31 Laboral del Circuito fue escaneado por la Secretaría del Juzgado, devuélvase dicho expediente al juzgado de origen” (CD 5, audiencia virtual No. 3, minuto 23:34).

Para tomar la decisión, la Juez concluyó que sobre las materias objeto de controversia operó el efecto de cosa juzgada, pues se presenta identidad de partes, objeto y causa con el proceso adelantado en el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado No. 31 2017 00725 00, y en atención al principio de congruencia, no se pueden resolver los nuevos argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, esto es, la sumatoria de las semanas cotizadas en el Ministerio de Defensa para efectos de liquidar la prestación del demandante. Además, dispuso la devolución del expediente remitido por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá al juzgado de origen.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la parte demandante pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia y se acceda a las pretensiones incoadas. Afirma, en resumen, que se presenta un salto abrupto y desproporcionado entre el IBL aplicado por la entidad y los salarios percibidos

por el demandante, y que no se tuvieron en cuenta los tiempos de servicio que prestó al Ministerio de Defensa, equivalente a 100 semanas, las cuales deben ser contabilizadas con independencia de qué administradora recibió dichos aportes, para efectos de aumentar la tasa de reemplazo del 75% al 81% (CD 5, audiencia virtual No. 3, minuto 24:44)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

¹ “Gracias. Con el debido (...) contra la sentencia el día de hoy (...) y lo sustento de la siguiente manera. El alto Tribunal ha declarado que cuando para los efectos de (...) juzgada y los (...) que fueron presentados en los alegatos de conclusión, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de la Ley que resulta (...) lo cual produce una adjetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación. Lo anterior ocurre por ejemplo cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del IBL, defendida por alguna Corporación judicial de Decisión (...) tienen ventajas (...) historia laboral de petición (...) lo cual suele (...) entre los servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100, que en este caso el Acuerdo 049 de 1990, cobijados por la transición, obtienen el (...) y por el contrario representa un salto abrupto y desproporcionado de los salarios recibidos en toda su historia productiva. Efectivamente es relevante, cierto, pero también es cierto que mi poderdante en principio era favorecido por la ley, así más tarde (...) constitucional (...) fallo proferido no se tuvo en cuenta (INTERRUPCIÓN DE LA JUEZ PORQUE EL AUDIO SE ESTÁ ENTRECORTANDO). Entonces, no se tuvo en cuenta aquí los tiempos prestados en el Ministerio de Defensa, que acumula 100 semanas, lo cual ya lo pronuncié en mis alegatos de conclusión, esas 100 semanas implica (...) pensión de mi poderdante del 75% al 81% (...), que es el IBL y el cálculo actuarial que se debe hacer, ya en abundante jurisprudencia que se debe liquidar la pensión con respecto a las semanas prestadas en el Ministerio de Defensa, yo no tengo porqué presentar unos hechos (...) vinculados (...) precedentes judiciales, por ejemplo, en la sentencia T-028 de 2017 al estudiar el caso de una persona que laboró para una entidad pública, indicó que para efectos de verificar (...) pensión de vejez a la administradora (...) no solo resulta admisible sino necesario contabilizar las cotizaciones que se hicieron por el afiliado con independencia de que la administradora de pensiones se realizó el pago correspondiente, motivo por el cual una interpretación (...) fundamentales de las personas (...) (INTERRUPCIÓN DE LA JUEZ PORQUE EL AUDIO SE ESTÁ ENTRECORTANDO) Con respecto a la sentencia T-028 de 2017, al estudiar el caso de una persona que laboró como servidor público, indicó que para efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos (...) a la luz del régimen de transición (...) admisible sino necesario las cotizaciones que se hicieron por el afiliado con independencia a qué administradora de pensiones se realizó el pago correspondiente, motivo por el cual una interpretación en contrario termina por afectar los derechos fundamentales (...) La Sala revoca unos fallos en esta sentencia que acabo de mencionar, y para en su lugar, amparó los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, la vida digna y otros (...) emitir un nuevo acto administrativo en el que disponga el reconocimiento y pago de pensión de vejez a favor de estas personas, según lo estipulado en el Acuerdo 049 de 1990, y lo incluye en nómina con el fin de que la mesada comience a pagar (...) la Corte dispuso en ese momento remitir copia del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que en ejercicio de sus atribuciones, adelante las investigaciones a que se haya tenido lugar, encuentra las consideraciones contenidas en esta sentencia. Es decir, que en este momento (...) no se tuvieron en cuenta los tiempos prestados al Ministerio de Defensa, por ende, el IBL se debe hacer por un cálculo actuarial del 81%. Gracias su señoría”.

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución GNR 356926 de 13 de diciembre de 2013 COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a favor de JUAN DE LOS REYES CALDAS ORJUELA a partir del 29 de diciembre de 2008, en cuantía inicial de \$805.378, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición (ver Resolución aportada con el expediente administrativo – CD 2). La prestación se liquidó teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos 10 años cotizados en la suma de \$1.073.837 para el año 2008, a la que se le aplicó una tasa de remplazo del 75%.

Así las cosas, el Tribunal debe definir si operó o no el efecto de cosa juzgada con las decisiones tomadas en el proceso ordinario laboral No. 31 2017 00725 00 promovido por JUAN DE LOS REYES CALDAS ORJUELA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y en dado caso, si procede el reajuste de la mesada pensional a cargo de COLPENSIONES, con la inclusión de factores salariales y de los tiempos de servicio que prestó para el Ministerio de Defensa.

Para resolver lo primero, el artículo 303 CGP que asigna el efecto de COSA JUZGADA a las decisiones judiciales que han definido previamente un litigio, cuando en el proceso se haya estudiado el mismo objeto, por los mismos hechos, y exista identidad jurídica entre las partes. Al respecto, y siguiendo la jurisprudencia de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, entiende el Tribunal que aunque dos procesos no sean absolutamente idénticos, si del núcleo de la causa -es decir los hechos debatidos-, de las pretensiones de ambos -causa-, y de las partes que participaron en la decisión, se evidencia una identidad esencial que permita inferir razonablemente que la segunda acción busca replantear la misma cuestión litigiosa, habrá ocurrido el efecto de cosa juzgada respecto de la decisión inicialmente adoptada. Si ello no ocurre se debe permitir que la justicia continúe con su accionar y defina la materia que se propone pues ella no ha sido resuelta. Sobre la materia se ha pronunciado también la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema para precisar que dicho efecto se debe asignar siempre y cuando exista “*identidad*

de la causa para pedir (eaedem causa petendi): el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, esto es, el por qué se reclama” (SL 1141 de 2016, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA y JORGE MARIO BURGOS RUIZ).

Con este referente normativo y jurisprudencial, encuentra el Tribunal que concurren los elementos referidos entre la sentencia que dictó el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de marzo de 2018, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 19 de abril del mismo año dentro del proceso con radicado 31 2017 00725 00 promovido por JUAN DE LOS REYES CALDAS contra COLPENSIONES (ver actas de las decisiones tomadas en ambas instancias en el expediente administrativo aportado por COLPENSIONES), y este proceso, pues en ambos procesos se expusieron pretensiones y hechos orientados al reajuste de la mesada de la pensión de vejez reconocida a favor de JUAN DE LOS REYES CALDAS, hay identidad de las partes, y no se presentan nuevos hechos o situaciones que tengan la capacidad o entidad suficiente de replantear nuevamente la controversia en sede judicial.

Se llega a la anterior conclusión al observar del escrito de *“Ficha Técnica para Conciliación Judicial”* que presentó COLPENSIONES en el proceso con radicado No. 31 2017 00725 00 el 26 de enero de 2018 (aportado en el expediente administrativo por la entidad demandada - CD 2) en el cual se transcriben las pretensiones propuestas en la demanda así: Declarativas *“1. Declarar que mi poderdante como beneficiario del régimen de transición se reliquide la pensión de vejez. 2. Como consecuencia de tal declaración solicito que se ordene a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación incluyendo la totalidad de factores salariales devengados, sobre el valor real de su pensión prevista en el Acuerdo 049 de 1990”, y condenatorias “1. Condenar a Colpensiones a efectuar el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990. 2. Que el demandado debe efectuar el reconocimiento y de la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990. 3. Que el demandado debe pagar el*

retroactivo a partir de la adquisición del estatus de pensionado el cual acontece con la concurrencia de los requisitos señalados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 al señalar que esta se reconoce –causación- cuando se reúnen los requisitos mínimos. 4. Lo que resulte ultra y extra petita (...). Estas mismas pretensiones fueron objeto de la demanda presentada el 28 de octubre de 2019, en el mismo orden, y con excepción de algunas frases con el mismo tenor literal (ver pretensiones en folios 2 a 8 del expediente).

Además, en la misma *Ficha Técnica para Conciliación Judicial*, se refiere como hecho que fundamentó la demanda el siguiente: *“El demandante aportó en su momento a la demanda la autoliquidación mensual de aportes al Sistema de Seguridad Social integral a partir del periodo comprendido entre enero de 2007 a diciembre de 2008 por medio del cual pretendía demostrar que el IBL se debió liquidar con base en un ingreso aproximado a los \$4.200.000”*. Hecho que fue transcrito o referido nuevamente en la demanda que dio inicio al presente proceso.

Si bien la pensión de vejez es un derecho que el trabajador construye con los aportes que efectúa a largo de su vida laboral, y la decisión que niegue su reconocimiento o reliquidación no impide el reclamo posterior en atención a hechos o circunstancias sobrevinientes como el pago de aportes extemporáneo mediante cálculo actuarial, o una corrección o actualización del historial de cotizaciones del afiliado, entre otros, tales circunstancias o hechos sobrevinientes no se presentaron en el caso bajo estudio.

No se puede entender tal situación de los actos administrativos que emitió la entidad con posterioridad a la sentencia dictada en el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá (en el año 2018), o de la solicitud presentada en los alegatos de conclusión en este proceso relacionada con la inclusión de los tiempos de servicio al Ministerio de Defensa para efectos de aumentar la tasa de reemplazo, pues no hay hechos o argumentos nuevos a los que venía estudiando la entidad con anterioridad (ver Resoluciones GNR 356926 de 13 de diciembre de 2013 y GNR 353755 de 8 de octubre de 2014).

En este orden de ideas, se evidencia una identidad esencial que permite inferir razonablemente que la acción propuesta en este expediente está replanteando la misma cuestión litigiosa que se definió antes. Bien puede el demandante, de ser el caso, controvertir esa decisión mediante las acciones que la Ley y la Constitución le otorgan, o querellar antes las autoridades competentes eventuales irregularidades de dicho proceso. Pero lo que ciertamente no puede hacer el Tribunal, es revocar la decisión que allí se adoptó dictando una nueva sentencia que decida entre las mismas partes, iguales hechos y pretensiones.

COSTAS en la apelación a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CIENTO MIL PESOS MCTE (\$100.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11' with a period at the end.

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 CARLOS ALFONSO FORERO DÍAZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última la sentencia dictada el 2 de junio de 2021 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la nulidad o ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Téngase a las doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del memorial de sustitución conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CARLOS ALFONSO FORERO DÍAZ presentó demanda contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, 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 *anulación* del traslado efectuado en septiembre de 1995 a la AFP COLFONDOS S.A., con fundamento en que el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de información suficiente, amplia y oportuna, pues el asesor de la AFP indicó que CAJANAL, a la que estaba afiliado en ese entonces, sería liquidada y que el ISS caería en banca rota, lo que dejaría a los afiliados sin poder pensionarse, mientras que en dicha entidad se podría pensionar a la edad que quisiera, obtendría una mesada pensional superior al RPM, y no le informaron de manera completa las características, ventajas y desventajas de cada régimen, así como las consecuencias adversas de su traslado, situación que se repitió con sus posetiores traslados horizontales. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación en COLPENSIONES sin solución de continuidad, se ordene el traslado de la totalidad de los dineros aportados por la afiliada y se ordene el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, una vez acredite el cumplimiento de los requisitos legales (ver demanda en los folios 2 a 24 y 116 a 138).

Contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones en su contra y especialmente a la declaratoria de nulidad del traslado, argumentando que la afiliación se hizo efectiva de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario correspondiente, y se brindó información objetiva, incluyendo información sobre ventajas y desventajas de cada régimen a través de personal idóneo y debidamente capacitado. Agregó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y, en todo caso, la decisión de permanecer en el RAIS es tan clara, que no hizo uso de la figura de retracto ni tomó la decisión de retornar al RPM antes de los últimos 10 años previos a cumplir la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez. Agregó que en el RAIS la mesada pensional depende del afiliado y no la AFP. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la*

obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago (ver contestación en los folios 152 a 170).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la vinculación del demandante al RAIS goza de plena validez y legalidad pues se hizo de manera libre y voluntaria, ejerciendo el derecho a la libre escogencia de régimen, y sin que existieran vicios del consentimiento (por error, fuerza o dolo). Advirtió que es improcedente el retorno del demandante al RPM pues ello contravendría disposiciones de carácter legal e implicaría la descapitalización del sistema afectando el principio constitucional de sostenibilidad financiera, si se tiene en cuenta que el afiliado se encuentra inmerso en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales. Agregó que, en todo caso, dicha entidad no tuvo injerencia alguna en el traslado y se debe llamar a la UGPP para integrar el contradictorio, pues es la entidad encargada de responder por la afiliación del actor a CAJANAL. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en los folios 213 a 218).

A su vez, contestó la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, afirmando que el acto jurídico de afiliación con dicha entidad es válido y se encuentra exento de vicios del consentimiento, pues estuvo precedida de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente sobre los efectos jurídicos, las prestaciones, las modalidades para acceder al reconocimiento, ventajas y desventajas y todo lo atinente a los regímenes pensionales, conforme a su

derecho a la libre selección de régimen, como quedó plasmado al suscribir el formulario de afiliación, documento que no evidencia vicio alguno del consentimiento, el cual debe ser probado por la parte actora. Agregó que el demandante efectuó varios traslados en el RAIS, lo que demuestra que recibió información suficiente y detallada respecto del mismo. Así mismo, refirió que se verificó que el demandante no era beneficiario del régimen de transición. Señaló que en caso de acceder al traslado, no había lugar a la devolución de sumas descontadas por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales, pues las mismas ya cumplieron su finalidad con los rendimientos financieros generados y la protección ante los riesgos de invalidez o muerte. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *falta de legitimación e la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de Protección S.A., inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguros 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, prescripción y genérica* (ver contestación en los folios 228 a 235).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada el 2 de junio de 2021 mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante CARLOS ALFONSO FORERO DÍAZ al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de septiembre del año 1995, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a que remita los aportes realizados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, transferencia de aportes que deberá efectuarse al fondo de COLPENSIONES. Lo anterior,*

conforme la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del demandante de la pensión de vejez a partir del momento en que acredite el retiro del servicio, aplicando para tal efecto la tasa de reemplazo establecida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, con 13 mesadas al año, autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos por concepto de salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones COLFONDOS, fijándose como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000).” (CD 2 Min. 32:01).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que las AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. no demostraron haber suministrado al demandante información completa, transparente, oportuna y comprensible al momento del traslado a dichos fondos, sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, y sobre las eventuales consecuencias negativas y positivas que podía acarrear la decisión de traslado, lo que da lugar a la ineficacia de la afiliación. En el mismo sentido, sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por el demandante, consideró que no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS. Encontró acreditados los requisitos para que el demandante acceda a la pensión de vejez, por lo que ordenó el reconocimiento de la prestación una vez se acredite el traslado de los dineros por parte de PROTECCIÓN S.A. y el retiro del servicio del actor.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES su apoderado pide que se revoque parcialmente la sentencia dictada en cuanto condenó al reconocer y pagar la pensión de vejez del actor, para que, en su lugar, se disponga que dicha entidad debe estudiar los requisitos pensionales y verifique que las AFP cumplan con el traslado de las cotizaciones y realice la actualización de la historia laboral y elaboración del cálculo actuarial a que haya lugar, previo a un eventual reconocimiento pensional (CD 2 Min. 33:34).

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. también interpuso recurso a fin de que se revoque parcialmente la condena en cuanto condenó a la devolución de los gastos de administración, por considerar que los mismos cumplieron su finalidad como lo fue la generación de rendimientos de los aportes efectuados por el afiliado, así como el pago del seguro previsional, valores que se descuentan por disposición legal. Ahora, si el efecto de la sentencia es que nunca se debieron generar dichos cobros, tampoco se debieron generar los rendimientos de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, por lo que su entrega conjunta constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES (CD 2 Min. 34:45).

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas que para la fecha en que el demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 39

años de edad y tenía 4 años 11 meses y 16 días de aportes a CAJANAL¹; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años 6 meses y 16 días)², y para la fecha de presentación de la demanda ya había superado la edad mínima necesaria para adquirir el derecho a la pensión de vejez (tenía 63 años – ver folios 25 y 111).

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^{3 4}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las

¹ Ver certificado de información laboral expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (folios 26 a 56).

² *Ibidem*.

³ 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”.

⁴ 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”.*

circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, 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, en ese momento, 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) 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 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” (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 ineficiencia del traslado de régimen del demandante, pues COLFONDOS S.A. no probó haber brindado *toda la información pertinente* en el momento en que se 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener 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 pues indicó que el día en que recibió la asesoría grupal ofrecida por el personal de COLFONDOS S.A. -en el año de 1995- le informaron en su puesto de trabajo que CAJANAL entraría en liquidación, razón por la que debían afiliarse a una AFP, por lo que recibió asesorías de varias de ellas que se centraron únicamente en las ventajas de éstas, predicaban una eventual mesada pensional superior a la que obtendría en el RPM, rentabilida de sus aportes, la posibilidad de pensionarse a cualquier edad o la posibilidad heredar los dineros cotizados, sin indicarle las condiciones necesarias para ello. Relató que los múltiples traslados horizontales obedecieron a las constantes visitas de asesores comerciales de las diferentes AFP que le prometían *“recuperar”* bonos pensionales, entre otros, pero en ninguno admitió haber recibido una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (CD 1 Min. 19:32).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo, o por posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial operó con el traslado de régimen a COLFONDOS efectuado en septiembre de 1995, y posteriormente a DAVIVIR S.A. (hoy PROTECCIÓN S.A.) en diciembre de 1998, a ING S.A. (hoy PROTECCIÓN S.A.) en mayo de 2000, nuevamente a COLFONDOS S.A. en julio de 2003 y a ING S.A. (hoy PROTECCIÓN S.A.) en mayo de 2012, y finalmente pasó a PROTECCIÓN S.A. (por fusión con ING S.A.) en enero de 2013, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado (ver formularios de afiliación, certificado de información laboral, historia laboral expedida por PROTECCIÓN S.A. y consulta SIAFP a folios 26 a 60, 236, 237 y 239 a 267).

El traslado debe efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó la 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 el Decreto 2527 de 2000, dispuso 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 ordenó a cargo de ambas AFP la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por el

demandante durante su afiliación junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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). Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido la Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST) bien podía la Juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso. Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan 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.

En respuesta a los argumentos de la apelación interpuesta por COLPENSIONES, se revocará el numeral cuarto de la decisión tomada por la Juez en primera instancia que dispuso el reconocimiento y pago del derecho pensional, pues ésta entidad solo tendrá a su cargo el pago de las mesadas desde el momento en que se haga efectiva la ineficacia con la devolución de los aportes que la financiarán. No se le puede endilgar a COLPENSIONES responsabilidad alguna en las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encontró cometidas por los Fondos de Pensiones. Una vez COLPENSIONES reciba los saldos de la cuenta del demandante, deberá

definir las normas que regulan la prestación, el valor, y la fecha de pago de las mesadas, conforme a la actualización y consolidación del historial de cotizaciones.

COSTAS en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia que condenó a COLPENSIONES a pagar pensión de vejez en favor del actor.
2. **ADICIONAR** la setencia de primera istancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
4. **COSTAS** en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 26 2018 00647 01

Carlos Alfonso Forero Díaz Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otros

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

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

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 MARÍA ELSA SILVA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 21 de mayo de 2021 por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, 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 ELSA SILVA 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* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en enero de 2000, con fundamento en que no se le brindó información completa y comprensible sobre las consecuencias del traslado, omitiendo información sobre los riesgos que debería asumir y sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes

pensionales. Adicionalmente, conforme a simulación entregada por PROTECCIÓN S.A. para 2019 obtendría una pensión muy inferior a la que le correspondería de haber permanecido en el RPM. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes cotizados en el RAIS con destino a COLPENSIONES, con rendimientos, bonos pensionales e intereses causados, y se le ordene a esta última entidad que acepte dichos aportes y la acepte como su afiliada sin solución de continuidad (ver demanda de folios 3 a 30).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderado, contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado que realizó la demandante se efectuó de forma libre, espontánea y voluntaria, y de haberse presentado algún engaño u omisión por parte del fondo privado, ello debe ser demostrado en este proceso. Además, señaló que la parte demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 para trasladarse entre regímenes pensionales, sin que hubiera hecho uso del derecho de retracto o hubiera manifestado intención de trasladarse cuando se encontraba facultado para ello, y no se puede entender que para el momento del traslado tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional, pues no acreditaba el requisito de edad ni el tiempo de servicios necesario para el 1° de abril de 1994. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *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, caducidad, 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 e innominada o genérica* (ver contestación en CD 2 carpeta 03).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que otorgó información suficiente y necesaria para que la demandante tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera libre, voluntaria e informada, conforme los requisitos y características vigentes para la época, conforme se evidencia con el formulario de afiliación debidamente suscrito por la accionante, sin que para la fecha del traslado existiera posibilidad de determinar el monto de la mesada pensional que correspondería en la actualidad, máxime cuando los cambios normativos de los años 2010 y 2015 modificaron la forma de calcular la prestación. Adicionalmente, la ingnorancia de la Ley no genera vicio en el consentimiento, pues allí se encuentran plasmadas las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen, los cuales son distintos y excluyentes entre sí, conforme a lo cual la accionante debió tomar su decisión de afiliación. Agregó que la demandante se encuentra incurso en prohibición contenida en el artículo 13 literal e de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún momento previo hubiera manifestado su voluntad de retornar al RPM. En cuanto a los gastos de administración, indicó que los mismos se descuentan por disposición legal y al no estar destinados al reconocimiento pensional, son susceptibles de prescribir y, en todo caso, su devolución implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, máxime los relativos al seguro previsional, cuyo riesgo fue debidamente asumido durante la vinculación de la actora. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa para pedir y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en CD 2 archivo 05).

Terminó la primera instancia con sentencia de 21 de mayo de 2021, mediante la cual la Juez Veintisiete (27) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARÍA ELSA SILVA del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA ELSA SILVA como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora MARÍA ELSA SILVA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP PROTECCIÓN, conforme lo aquí expuesto. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN. QUINTO: CONDENAR a la demandada AFP PROTECCIÓN en la suma de \$850.000 como agencias en derecho. No se condena en costas a COLPENSIONES”* (Audiencia virtual del 21 de mayo de 2021 Min. 14:21).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que las pruebas aportadas al proceso no permite establecer que para el momento del traslado de régimen el fondo privado hubiese puesto de presente las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes

vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, advirtiéndole que para demostrar un consentimiento informado no es suficiente la suscripción del formulario de afiliación, así como tampoco se ratificó ésta por el paso del tiempo. Agregó que no se desprende confesión alguna del interrogatorio de parte a la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES su apoderada pide que se revoque la sentencia dictada por considerar que no se acreditó un vicio de consentimiento, así como tampoco error dirimente o de nulidad, para lo cual quien afirma, una documental adicional a la presentada para acreditar la voluntad de la accionante para la época del traslado. Además, manifiesta que de aceptar su retorno al RPM, se estaría afectando la sostenibilidad financiera del Estado, quien estará llamado a reconocer sumas adicionales por el eventual reconocimiento pensional, máxime cuando COLPENSIONES no se puede defender directamente en el trámite, pues se limita a que sean las AFP quienes logren desvirtuar los dichos de las demandas (Audiencia virtual del 21 de mayo de 2021 Min. 15:47).

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. también interpuso recurso a fin de que se revoque parcialmente la condena por cuanto hubo una administración diligente de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por la que es improcedente la devolución de tales comisiones. En un mismo sentido, tampoco procede la devolución de los gastos destinados a los seguros previsionales, pues los mismos se descuentan por obligación legal y tienen una destinación específica, por lo que tales dineros ya no se encuentran en cabeza de dicha administradora. Por último, señaló que en todo caso al tratarse de dineros no destinados a financiar la prestación por vejez, los mismos son susceptibles de prescripción (Audiencia virtual del 21 de mayo de 2021 Min. 18:52).

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 37 años de edad y había cotizado 692,43 semanas¹; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 8 años 8 meses y 25 días), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver archivo folios 31 y 68 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 ^{2 3}, según

¹ Ver historia laboral actualizada emitida por COLPENSIONES, de folios 55 a 61 y en el Expediente Administrativo en CD 2 carpeta 03.

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

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

³ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y*

el cual se debe 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 información 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. En ese sentido, 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 la afiliada, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de

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”.

transición: *“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) que 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 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”* (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 la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* al demandante 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues 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”*. Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que su traslado obedeció a las múltiples visitas de los asesores de la AFP, en las que insistían que la razón de que se hubieran creado legalmente los fondos privados era para que estuvieran mejor de lo que estaban en el ISS, entidad que se acabaría, sumado a que podrían obtener

una pensión “al 100%” en dicho régimen, sin referir las condiciones para ello. Adicionalmente, les indicaron que podrían trasladarse en cualquier momento de administradora, sin señalar que existía un límite temporal para ello (Audiencia virtual del 19 de mayo de 2021 Min. 11:55).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un “saneamiento” la permanencia del actor en el RAIS.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, para lo cual se sigue también el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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). Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁴ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia.

⁴ “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”.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan 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 incurrió el fondo de pensiones.

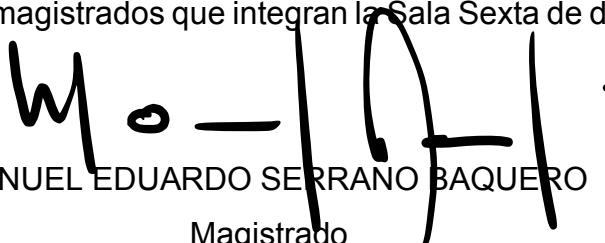
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

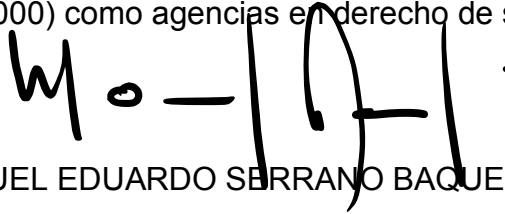

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - M - H' with a period at the end.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JAIME GONZÁLEZ SERNA CONTRA JOSÉ
LUIS GÓMEZ ALFONSO.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de abril de 2021. En ella, se ABSOLVIÓ al demandado de todas las pretensiones incoadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JAIME GONZÁLEZ SERNA presentó demanda contra JOSÉ LUIS GÓMEZ ALFONSO, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que se ejecutó entre el 30 de junio de 2009 y el 15 de mayo de 2019, el cual terminó por despido sin justa causa. Pide que se condene al pago de la indemnización por despido injusto, los perjuicios causados (daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales), intereses moratorios, subsidios de transporte y rodamiento, dotaciones, aportes a pensión y a salud, estos últimos hasta el 30 de julio de 2017.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 30 de junio de 2009 se vinculó con el demandado por medio de un contrato verbal a término indefinido, para

laborar como cajero en el establecimiento de comercio AVÍCOLA JL, en horario de 6:00 a.m. a 6:00 p.m. de domingo a domingo, recibiendo como contraprestación 1 SMMLV. El 16 de mayo de 2019 el empleador le informó verbalmente la terminación de su contrato y le entregó una liquidación que no incluyó la indemnización por despido sin justa causa y solo pagaba las prestaciones causadas entre el 30 de junio de 2018 y el 15 de mayo de 2019. Nunca le dieron dotación, ni efectuaron aportes a pensión, y los aportes a salud sólo se hicieron desde el año 2017. Contaba con 64 años a la fecha de presentación de la demanda (folios 10 a 16).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por JOSÉ LUIS GÓMEZ ALFONSO, mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones afirmando que no se existió vínculo laboral con el demandante desde el año 2009, calenda para la cual ni siquiera existía el establecimiento de comercio AVÍCOLA JL. Afirma que se desarrollaron 3 relaciones laborales diferentes las cuales fueron debidamente liquidadas y pagadas al trabajador: del 23 de febrero de 2013 al 9 de julio de 2016, del 30 de junio de 2017 al 30 de junio de 2018, y del 1 de julio de 2018 al 15 de mayo de 2019, las primeras terminadas por voluntad del trabajador, y la última por el empleador con justa causa debido a que el demandante abandonó su puesto de trabajo por más de 5 días. Agregó que el horario era 8 horas durante 6 días a la semana, únicamente, y que se cancelaron los aportes a seguridad social en salud desde diciembre de 2014 hasta junio de 2019, incluso en periodos en los que no hubo vinculación dado el parentesco por afinidad existente entre ellos. Propuso como excepciones *inexistencia del contrato laboral que se pretende hacer valer, terminación del último contrato de trabajo por justa causa, liquidación legítima y completa de las obligaciones de origen laboral que existieron a favor del demandante y a cargo de mi procurado, pago oportuno y completo de las dotaciones e inexistencia de un daño moral y de un lucro cesante por la terminación del contrato de trabajo* (folios 55 a 64).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de abril de 2021, en la cual la Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá absolvió al demandado de

todas las pretensiones incoadas en su contra. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER al demandado JOSÉ LUIS GÓMEZ ALFONSO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JAIME GONZÁLEZ SERNA. SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante JAIME GONZÁLEZ SERNA, teniendo como agencias en derecho la suma de \$50.000 pesos. TERCERO: De no ser apelada la presente sentencia, consultarse con el honorable Tribunal Superior de Bogotá”* (CD 3, Hora 1:54:04).

Para tomar su decisión, la Juez no encontró acreditado un único contrato de trabajo como se reclama desde junio de 2009 hasta mayo de 2019, y que el despido ocurrió por justa causa al incurrir el trabajador en una falta grave por ausencia del sitio de trabajo y cumplir sus labores por más de 4 días tras culminar su periodo de vacaciones. En cuanto a las dotaciones, refirió que se evidenció su entrega.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, el apoderado del demandante la apeló. Solicita que se de aplicación al principio de *in dubio pro operario* y afirma que no se tuvieron en cuenta los testimonios del proceso sobre la existencia de un vínculo continuo a término indefinido desde el año 2009 y que a pesar de la renuncia presentada, la relación laboral entre las partes tuvo continuidad (CD 3, Hora 1: 54:33)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

¹ *“Pues su señoría... con su decisión me permito presentar recurso de apelación ante el honorable Tribunal, sala laboral en el entendido de que pues primero su señoría ¿qué pasa con el in dubio pro operario? el derecho que tiene el trabajador ante la duda, dos, no se tuvo en cuenta que cuando el señor Carlos ...cuando dijo exactamente desde el año 2009, ¿sí? usted no tuvo en cuenta eso su señoría, tampoco tuvo en cuenta que la misma señora Cirley, que dijo muy claro que eran contratos a términos, que era un contrato a término indefinido y que a pesar de los documentos, a pesar de la renuncia, la relación laboral continuo, y usted no tuvo en cuenta eso su señoría, entonces es por eso que esta decisión ha de ser apelada, ante el honorable Tribunal para que modifique, revoque o confirme, muchas gracias”.*

No fue objeto de controversia que el 15 de mayo de 2019 terminó la relación de trabajo entre demandante y demandado por decisión del empleador, momento en que se efectuó liquidación de prestaciones sociales con fecha de inicio 30 de junio de 2018, en la cual no se incluyó el pago de indemnización por despido sin justa causa. Tampoco se controvertió (i) el valor de la remuneración, pactada en 1 SMMLV, (ii) ni el cargo desempeñado como cajero, ni (iii) lo concluido en primera instancia respecto al pago de las liquidaciones allegadas con la contestación para los contratos de trabajo suscritos del 30 de junio de 2017 al 30 de junio de 2018, y del 30 de junio de 2018 al 15 de mayo de 2019: Tampoco se controvertió en el recurso la decisión de primera instancia que encontró probada la existencia de justa causa en el despido (folios 4, 5, 36 y 41 a 53 y testimonio de CIRLEY VARGAS²).

La controversia que puede estudiar el Tribunal por consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS) se centra en definir si se acreditó la existencia de un único vínculo laboral entre las partes iniciado en el año 2009, y si en el presente asunto resulta aplicable el principio de *in dubio pro operario* para resolver las pretensiones contenidas en la demanda.

Para lo primero, son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”; disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario como contraprestación directa del servicio. Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

² CD 3, Min. 54:50.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal* por cuya virtud toda relación en la que se involucre un servicio personal está regida por contrato de trabajo, lo que trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alegue hechos presumidos por el legislador.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pero por las razones que se exponen a continuación pues las pruebas aportadas dan cuenta de dos relaciones laborales diferente ejecutadas por las partes, así: del 23 de febrero de 2013 al 9 de julio de 2016 y del 30 de junio de 2017 al 15 de mayo de 2019. En la última relación no se presentó solución de continuidad entre los contratos suscritos dado que el primero inició el 30 de junio de 2017 y terminó el 30 de junio de 2018 y, en la misma fecha, inició el segundo vínculo, que culminó 15 de mayo de 2019, por lo que debe entenderse como una única relación laboral³, pero entre el primer contrato y el segundo si se demostró solución de continuidad durante casi un año.

Son evidencia de ello: i) las liquidaciones de los contratos de trabajo del 15 de julio de 2016 y 16 de mayo de 2019 (folios 36, 38 y 39), ii) la comunicación de terminación del contrato de trabajo del 20 de mayo de 2019 (folio 35) y iii) el testimonio de CIRLEY VARGAS (CD 3, Min. 54:50) quien refirió laborar para el encartado desde septiembre de 2015 por lo que le consta que para esa fecha obraba renuncia del accionante, la cual se hizo efectiva en el mes de junio de 2016 fecha a partir de la cual duró unos intervalos de meses en que no laboró, pese a lo cual fue nuevamente recibido y finalmente despedido en mayo de 2019.

No es útil en la materia el testimonio recibido en el proceso a CARLOS ENRIQUE ROA ROA (CD 3, Min. 36:07) pues afirmó desconocer el tipo de

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4976-2020 Rad. 68983.

relación existente entre las partes, o incluso, el cargo desempeñado por el actor, y pese a haber manifestado que vio al demandante siempre laborando en Avícola JL desde 2009 no pudo afirmar si para esa fecha el establecimiento era propiedad del demandado lo que resulta claramente relevante pues la fecha de matrícula ante la cámara de comercio es del 12 de junio de 2013 (folios 6 y 7); quien además refirió que el demandante dejaba de prestar el servicio pero en periodos inferiores a un mes, sin referir las fechas específicas para tales ausencias o la frecuencia (diaria, semanal, mensual, etc.) en que acudía al establecimiento propiedad del demandado.

Así las cosas, no se acreditó la existencia de un único vínculo laboral entre las partes desde la fecha pretendida en la demanda (30 de junio de 2009), y las prestaciones reclamadas en la demanda durante las dos relaciones laborales se demostraron pagadas, tal como lo concluyó la sentencia apelada que en esta materia no fue objeto de apelación.

De esto último dan cuanta, además las siguientes pruebas: a) en cuanto a las dotaciones reclamadas, se acreditó su entrega con las planillas de entrega en los meses de julio de 2017 y enero y mayo de 2018 (folios 29 a 31), las fotografías en que se observa al demandante portar prendas con los logotipos del establecimiento comercial (folios 65 y 66) y el testimonio de CIRLEY VARGAS⁴, quien reconoció los referidos documentos y afirmó haber realizado las entregas correspondientes aún en intervalos menores a los exigidos por la Ley, dado que se trataba de un negocio que implicaba manipulación de alimentos y, agregó, que no se cuenta con todas las planillas firmadas, debido a que el accionante era renuente a plasmar su firma en documentos de la empresa, situación que era tolerada por el empleador por la familiaridad existente entre ellos, sin perjuicio de lo cual siempre se realizó la entrega de dotación; b) Del referido testimonio también se extrae que al demandante le fueron cancelas las demás prestaciones y el auxilio de transporte, pues la deponente era la encargada del pago de nómina a los empleados del demandado y afirmó que durante la vigencia de los vínculos siempre se

⁴ CD 3, Hora 1:07:26.

cancelaron al actor la totalidad de los salarios y prestaciones, incluyendo los rubros contenidos en las ya referidas liquidaciones de contrato de trabajo (folios 38 y 39), en las que se evidencia que siempre se tuvo en cuenta dicho auxilio⁵; c) en cuanto a los aportes a seguridad social en salud, los reclamados en la demanda corresponden únicamente a los que se deberían haber efectuado antes de 2017, por lo que escapan al vínculo laboral acreditado y, en todo caso, se encuentra acreditado su pago conforme al certificado de aportes al sistema de protección social del 19 de septiembre de 2019 (folios 41 a 53), y los aportes a seguridad social en pensiones, se debe tener en cuenta que el inciso 2º del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003 exime de la obligación de cotizar a los afiliados que hayan cumplido los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, siempre que no sea voluntad del trabajador o del empleador la de seguir cotizando, pues en caso de que cualquiera de ellos opte por realizar las cotizaciones, el otro se encontrará obligado a contribuir en el porcentaje que le corresponda, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral⁶. En el presente asunto, el demandante nació el 20 de septiembre de 1954 (folio 4), por lo que a la fecha de vinculación, el 30 de junio de 2017, ya contaba con 62 años cumplidos, por lo que había cesado su obligación de cotizar y ninguna de las pruebas allegadas al plenario dan cuenta de su voluntad de continuar cotizando, razón por la cual el empleador no se encontraba obligado a realizar los respectivos aportes.

Se confirmará entonces la sentencia de primera instancia advirtiendo, para responder al argumento que reclama la aplicación del principio de *in dubio pro operario*, que éste opera frente a las dudas en la aplicación o interpretación de normas caso en el cual se debe acoger la que resulte más favorable al trabajador, pero no frente a la valoración probatoria que se deben zanjar acudiendo a las cargas del proceso que regula el artículo 167 del CGP que

⁵ CD 3, Min. 59:55.

⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1271-2021 Rad. 86135.

impone a quien alega un hecho del que se derivan consecuencias jurídicas la carga de probar su existencia⁷.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

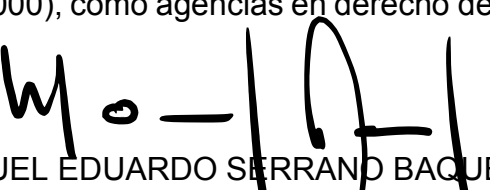
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$320.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1084-2020 Rad. 68086.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE FREDDY JESÚS PÉREZ YIMES CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 12 de abril de 2021 por el Juez Treinta (30) 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).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a las doctoras María Camila Bedoya García y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quienes se identifican con T.P. 288.820 y 221.228, para actuar como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FREDDY JESÚS PÉREZ YIMES presentó demanda contra 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* del traslado de Régimen Pensional efectuado el 23 de junio de 1994, con fundamento en el asesor de COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., omitió su deber de suministrar información clara, completa y oportuna respecto de las implicaciones del traslado de régimen, no se le explicaron las diferencias, desventajas ni se le hizo un estudio de su situación particular, lo cual se repitió el 28 de mayo de 1997, cuando se trasladó a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y se retrotraigan las cosas como si nunca se hubiera trasladado de régimen (folios 34 a 40).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que no se dirigen en su contra y, en todo caso, no obran el expediente pruebas suficientes para entender que se presentó vicio alguno en el consentimiento del demandante al momento del traslado, quien adicionalmente se encuentra inmerso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad necesaria para adquirir el derecho pensional. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *prescripción y caducidad, buena fe y declaratoria de otras excepciones*(ver contestación de folios 49 a 52).

A su vez, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada, se opuso a todas y cada una de las pretensiones en su contra, pues la entidad brindó la debida asesoría acorde a las disposiciones legales entonces vigentes, conforme a lo cual el demandante firmó de manera libre y voluntaria la solicitud de afiliación,

determinación que mantuvo en el tiempo, pues no ejerció en ningún momento el derecho de traslado de régimen, sin que sea aplicable al caso la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por tratarse de un caso con supuestos fácticos diferentes. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica* (ver contestación de folios 67 a 72).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada el 12 de abril de 2021 mediante la cual el Juez Treinta (30) 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). La parte resolutoria de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor FREDDY JESÚS PÉREZ YIMES del Instituto de los Seguros Sociales a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA S.A. hoy absorbida por PORVENIR S.A., que se hizo mediante la suscripción del formulario No. 007981 de fecha 23 de junio de 1994, con efectividad a partir del 1º de agosto de 1994, conforme a lo expuesto. SEGUNDO: Declárese válidamente vinculado el demandante señor FREDDY JESÚS PÉREZ YIMES al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. TERCERO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que estuvo afiliado a dicho régimen, es decir, desde 1 de agosto de 1994 y hasta el momento en que el traslado se cumpla, estos últimos (los costos cobrados por concepto de administración) deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora, debidamente indexados. CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE*

PENSIONES - COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante señor FREDDY JESÚS PÉREZ YIMES, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida. QUINTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. SEXTO: Condénese en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho, la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS (\$3.488.740), a favor del demandante. SÉPTIMO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. OCTAVO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES” (CD 3, Min. 55:56).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente 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. Por el contrario, consideró que en este caso no obra ningún medio probatorio de convicción que brinde certeza y veracidad sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso propuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, su apoderada pide que se revoque la sentencia dictada en lo que le resulte desfavorable y confirmarla en lo demás. Afirmo que se evidenció que el demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, sin presiones y conforme a las normas vigentes para la época, sin que sean exigibles a las AFP obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico entonces vigente, pues otra interpretación viola el debido proceso. Agregó que el actor no mostró voluntad de volver al RPM, sino hasta que se encontraba inmerso en la prohibición legal para hacerlo, lo que da cuenta de su intención de permanecer en el RAIS (CD 3, Min. 59:42).

Por su parte, la apoderada de PORVENIR S.A. pide que se revoque el fallo en su integridad y, de manera subsidiaria, se revoque la condena a devolver los gastos de administración y las primas de seguros provisionales, y la condena en costas y agencias en derecho. Afirmo que el formulario de afiliación suscrito por el demandante se presume auténtico y da cuenta de su voluntad libre de vicios de trasladarse al RAIS, lo cual ratificó con su permanencia en el mismo. Además, manifiesta que no procede la devolución de dineros que no se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como sucede con los gastos de administración, pues ya fueron gastados para cumplir con finalidades muy específicas: generar rendimientos financieros, y por ello, estima que de ordenarse su devolución se incurriría en un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, y como consecuencia de la ineficacia, se tendrían que retornar los rendimientos que se generaron al fondo privado (CD 3, Hora 1:03:33).

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas que para la fecha en que el demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 32 años de edad y había cotizado 370,43 semanas¹, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 1 mes y 15 días), y para la fecha de la solicitud de traslado y presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar el requisito de edad de la pensión de vejez (tenía 57 años – folios 2 y 41).

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 para toda la jurisdicción ^{2 3}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que

¹ Ver historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES en el Expediente Administrativo (CD 1).

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

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

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

definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*". Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, 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, en ese momento, 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) 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 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” (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 ineficiencia del traslado de régimen del demandante, pues PORVENIR S.A no probó haber brindado *toda la información pertinente del Sistema* en el momento en que se 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de esa corporación, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, situación que no se demostró cumplida, en tanto no se acreditó que el demandante hubiera recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo o el posterior traslado entre fondos pensionales..

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por el demandante

durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido la Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía la Juez definir la devolución de los gastos de administración debidamente indexados por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta se adicionará 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.

Costas de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A.

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

RESUELVE

1. **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 causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

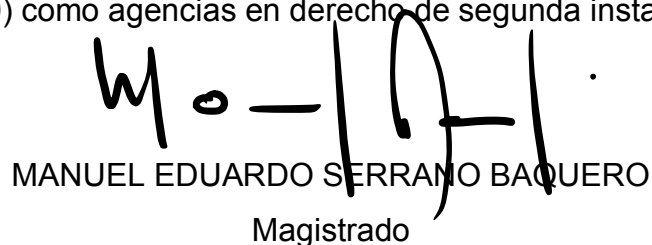
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de seiscientos mil pesos mcte (\$600.000) 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 ENRIQUE HURTADO AGUIRRE CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y
LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 27 de abril de 2021 por el Juez Treinta (30) 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).

Téngase a las doctoras María Camila Bedoya García y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quienes se identifican con T.P. 288.820 y 221.228, para actuar como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ENRIQUE HURTADO AGUIRRE 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 se declare la *nulidad* y/o ineficacia traslado de Régimen Pensional efectuado el 21 de octubre de 2003, con fundamento en que firmó el formulario de afiliación únicamente como documento adicional a su vinculación con la Universidad Militar Nueva Granada, sin recibir asesoría alguna por parte de COLFONDOS S.A., omitiendo su deber de suministrar información objetiva, completa y comprensible respecto de las implicaciones del traslado de régimen, no se le explicaron las diferencias, desventajas ni el tiempo límite para cambiarse de régimen pensional. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, cotizaciones, *bonos pensionales* y sumas adicionales recibidas por la administradora del RAIS, con frutos e intereses (folios 82 a 92).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado, se allanó a las pretensiones de la demanda y solicitó no ser condenada en costas (folio 103).

A su vez, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que obran el expediente pruebas suficientes para entender que se brindó la información adecuada a la demandante al momento del traslado y no se encuentra acreditado vicio alguno en su consentimiento, quien adicionalmente se encontraba obligada a informarse sobre las consecuencias de su traslado, máxime cuando la regulación de los regímenes pensionales es de público conocimiento. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, e innominada o genérica* (ver contestación en CD 1).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada el 27 de abril de 2021 mediante la cual el Juez Treinta (30) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor ENRIQUE HURTADO AGUIRRE del Instituto de los Seguros Sociales a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, mediante la suscripción del formulario No. 8244193, con efectividad a partir del 21 de octubre de 2003 conforme a lo expuesto. SEGUNDO: Declárese válidamente vinculado el demandante señor ENRIQUE HURTADO AGUIRRE al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. TERCERO: Condénese a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que estuvo afiliado a este fondo, es decir, desde el 21 de octubre de 2003 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos, los costos cobrados por concepto de administración, deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora, pero también debe ser devueltos debidamente indexados. CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante señor ENRIQUE HURTADO AGUIRRE, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida. QUINTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas, conforme a lo expuesto. SEXTO: Sin costas ni a favor ni en contra de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. SÉPTIMO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES”* (CD 1, Hora 1:09:39).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS 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. Por el contrario, consideró que en este caso no obra ningún medio probatorio de convicción que brinde certeza y veracidad sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP. Igualmente, afirmó que no existe prueba alguna respecto a la información suministrada a ENRIQUE HURTADO AGUIRRE por COLFONDOS S.A. al momento de realizar el traslado a dicha AFP. Sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por el demandante, consideró que no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de COLFONDOS S.A. pide que se revoque parcialmente la decisión como quiera que se debía absolver de devolver dineros de forma indexada de los gastos de administración, pues constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, máxime cuando los dineros que se van a entregar incluyen rendimientos, que estarían ajustados a la indexación ordenada (CD 1, Hora 1:12:01).

En el recurso propuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, su apoderada pide que se revoque la sentencia dictada. Afirma que tal como se evidenció en interrogatorio de parte el demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, sin presiones y conforme a las normas vigentes para la época, sin que sea exigible a su representada obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico entonces vigente. Agregó que el actor es una persona profesional y tenía conocimiento de los dos regímenes, pues estuvo afiliado al RPM antes de su traslado al RAIS, sin que se hubiera acercado a solicitar información en

caso de dudas de su afiliación y no hizo uso de la posibilidad de cambiarse de régimen cuando le era viable. En caso de confirmar la decisión, se mantengan los puntos que favorezcan a su representada (CD 1, Hora 1:13:30).

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas que para la fecha en que el demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 35 años de edad y había cotizado 55,86 semanas¹ y había laborado 3 años y 8 meses para la Policía Nacional², para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años y 2 semanas), y para la fecha de la solicitud de traslado y presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar el requisito de edad de la pensión de vejez (tenía 61 años – folios 30, 31 y 93).

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 Ver historia laboral actualizada aportada con la demanda (folios 33 a 35).

² Ver CETIL expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 14 de septiembre de 2019 – folios 36 y 37).

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según el cual, se debe 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's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) *"El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*". Además –dice la Corte- (ii) *"Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la*

³ 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".

⁴ 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".*

validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, 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, en ese momento, 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) 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 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” (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 ineficiencia del traslado de régimen del demandante, pues COLFONDOS S.A no probó haber brindado *toda la información pertinente del Sistema* en el momento en que se 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también

sobre las desventajas que pudiera tener 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*”, situación que no se demostró cumplida con el interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues en dicha diligencia indicó que nunca recibió información por parte de un asesor de COLFONDOS en tanto su afiliación se limitó a la suscripción de un formulario que le presentaron junto a otros documentos necesarios para su vinculación laboral, por lo que en modo alguno recibió información respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (CD 1, Min. 15:03).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un “*saneamiento*” la ratificación del actor por el paso del tiempo.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue igualmente el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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), los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido la Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST) bien podía la Juez definir la devolución de los gastos de administración debidamente indexados por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta se adicionará 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.

Costas de segunda instancia a cargo de COLFONDOS S.A.

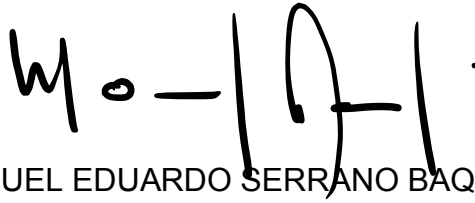
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **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 causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de COLFONDOS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EXP. 30 2019 00746 01

Enrique Hurtado Aguirre Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES
y Otra

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de seiscientos mil mpesos
mcte (\$600.000) 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 HERNÁN CRISÓSTOMO JIMÉNEZ LÓPEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la sentencia dictada el 8 de junio de 2021 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, HERNÁN CRISÓSTOMO JIMÉNEZ LÓPEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad* del traslado de Régimen Pensional efectuado por el demandante el 30 de abril de 1996. La anterior pretensión fue fundamentada sobre el argumento según el cual el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de una información adecuada y completa por parte de COLFONDOS S.A., pues esta AFP omitió indicar las ventajas y

desventajas de los regímenes pensionales y le manifestaron que no perdería los beneficios del RPM. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación del demandante en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, *cobros* y gastos administrativos, así como condenar a COLFONDOS S.A. al pago de 50 SMMLV, conforme al artículo 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993 (ver demanda de folios 2 a 15).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el demandante nunca estuvo afiliado a dicha entidad ni al ISS, y que el traslado se presume realizado de manera libre y válida, hasta que se pruebe lo contrario en desarrollo del trámite judicial. Afirmó que conforme al artículo 2 literal e de la Ley 797 de 2003, no es posible trasladar al demandante. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica* (ver contestación de folios 35 a 45).

Así mismo, mediante apoderada, contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la afiliación se hizo efectiva de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario correspondiente y su representada brindó información objetiva, incluyendo cálculos comparados e información sobre ventajas y desventajas de cada régimen a través de personal idóneo y debidamente capacitado. Agregó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y, en todo caso, la decisión de permanecer afiliado al RAIS es tan clara, que no hizo uso de la figura de retracto ni tomó la decisión de retornar al RPM antes de los últimos 10 años previos a cumplir la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez. Por último, aseveró que no se podría condenar a la devolución de todos los aportes, en tanto el pago de la prima previsional y la comisión en el manejo de aportes son obligatorios por

disposición legal. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ausencia de presupuestos para la configuración de la sanción prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ratificación de la afiliación del actor al fondos de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago* (ver contestación de folios 78 a 103).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de abril de 2021, 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 prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). 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 a la afiliación realizada a HERNÁN CRISÓSTOMO JIMÉNEZ LÓPEZ, identificado con C.C. No. 19.406.961, el 30 de abril de 1996, a COLFONDOS S.A.. SEGUNDO: DECLARAR que HERNÁN CRISÓSTOMO JIMÉNEZ LÓPEZ actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del señor HERNÁN CRISÓSTOMO JIMÉNEZ LÓPEZ, junto con los valores descontados como cuotas de administración a COLPENSIONES, junto con los respectivos intereses, rendimientos bonos pensionales y cuotas de administración. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de HERNÁN CRISÓSTOMO JIMÉNEZ LÓPEZ, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral. QUINTO: 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. SEXTO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de*

COLFONDOS. Como agencias en derecho el despacho señala TRES (3) SMLMV.” (CD 2, Hora 1:17:17).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS 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. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP. Sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por el demandante, consideró que no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES en recurso pide que se revoque parcialmente la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto declaró la ineficacia de traslado. Para el efecto, considera que si bien no es posible cuantificar su afectación actualmente, la misma podría verse a futuro con el eventual reconocimiento pensional a favor del actor. Agregó que no resulta aplicable para el presente trámite el lineamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, pues el mismo invierte la carga probatoria y la deja a cargo de las administradoras, sólo cuando se evidencia una real afectación de una expectativa legítima o la pérdida del régimen de transición, lo cual no ocurre en el presente caso, por lo que debía ser el accionante quien probara la falta de información o vicios del consentimiento alegados, pues por el contrario se evidenció que se suscribió de manera libre y voluntaria el

formulario de afiliación y se ratificó la misma, con su permanencia y pago mensual de aportes (CD 2, Hora 1:19:33)¹.

En el recurso, la apoderada de COLFONDOS S.A. pidió que se revoque la condena de devolver dineros de comisiones por administración, como las primas de seguros que cubrieron al demandante durante su afiliación, pues ello generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y de los terceros partícipes del fondo común administrado por ésta, quienes también recibirían los rendimientos sin tener derecho a ello (CD 2, Hora 1:25:10)².

¹ “Gracias señor Juez. Siendo esta la oportunidad pertinente, le solicito a usted me sea concedido recurso de apelación para que sea resuelto por los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, con la finalidad de que se revoque de manera parcial el fallo proferido en esta instancia y en lo que tiene que ver básicamente con la declaratoria de la nulidad o ineficacia de la afiliación. Primero quiero hacer mención en lo que tiene... en lo que es la legitimación en la causa para interponer dicho recurso, toda vez que no hay una condena directa en contra de mi representada, solamente se le conmina a realizar aquellas operaciones necesarias... con la finalidad de determinar si hay una afectación económica o un detrimento para la entidad que represento, máxime... Sí señor Juez, continúo con la apelación. No sabemos si a futuro se atenta o no la entidad, dado que no se conoce hoy en día el ahorro ni el aporte realizado por el aquí demandante ya sea al RPM o en el RAIS alcance a cubrir la prestación que se le vaya a reconocer a futuro. Verbigracia, si el demandante excede la expectativa de vida sería un detrimento patrimonial que se le genera a mi representada, dado que no se alcanzó a alcanzar dichas proyecciones o a planear dichas pensiones con anticipación. Ya lo que tiene que ver con la sustentación del recurso como tal, honorables magistrados, esta inconformidad que presento con la tesis del despacho, en cuanto a lo que tiene que ver con las afirmaciones indeterminadas y a la... entre la línea jurisprudencial de corte suprema de justicia con el fin de invertir la carga de la prueba y que quede en cabeza del fondo privado el demostrar que efectivamente se surtieron todas las... del momento del traslado del aquí demandado. Dado que apara esta apoderado judicial, solamente se puede llegar a recurrir a este lineamiento de Corte Suprema de Justicia en casos muy especiales cuales son afiliados que tienen la expectativa legítima que estaban en el régimen de transición que estén próximos al reconocimiento pensional y además, que con este cambio se hubiera afectado grave su derecho pensional. Y sólo se debe aplicar en estos casos, honorables magistrados, dado que la Corte le da... una protección a aquellos afiliados que se pudieran ver afectados de manera grave en su derecho pensional o que estuviese en peligro, de otra forma... que habría una desproporcionalidad probatoria, en el sentido en que no sería viable con la sola manifestación que hizo en estos momentos el demandante con el escrito de demanda sobre un hecho que en este caso sería la falta de información, éste se dé por cierto y no se tenga la carga de mostrar la... de esto y se corra la carga desproporcionada a las demandadas. Por lo tanto la encargada, el encargado de demostrar ese vicio o esa falta de información es claramente el demandante, por ser el que está... el derecho y del acervo probatorio que reposa en el expediente y del interrogatorio de parte demuestra que se firmó un formulario de afiliación de una manera consciente, libre y voluntaria, lo que conllevó a un traspaso totalmente válido y allí se continuó radicando aportes mes a mes, por parte del demandante durante un plazo de tiempo prolongado o plazo de tiempo largo, de tal suerte que le solicito a los honorables magistrados, se tengan en cuenta estas argumentaciones con la finalidad de que se revoque el fallo de primera instancia, solamente en lo que tiene que ver con la ineficacia o nulidad del traslado. De esta manera señor Juez, dejo sentado mi recurso de apelación”.

² “Gracias, su señoría. Estando dentro de la etapa procesal, me permito interponer recurso de apelación referente a la devolución de gastos de administración y de comisiones y al pago de las costas tasadas, de las agencias en derecho tasadas en 3 salarios mínimos a cargo de mi representada... no es posible

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 cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

por parte de Colfondos devolver gastos de administración ni comisiones en atención a que ellos son elementos descontados al buen funcionamiento y función que realiza mi representada en el manejo de la cuenta de ahorro individual... de la demandante, teniendo en cuenta que para que Colfondos hubiera podido invertir dichos dineros, hubo que ejercer unas actividades con las cuales se benefició el demandante cuando se le... la cuenta de... la cuenta que hizo por concepto de rendimientos. Ahora bien, al devolver dichos gastos de administración y las comisiones se estaría causando un enriquecimiento sin justa causa a favor del, de Colpensiones, teniendo en cuenta lo establecido en sentencia T-219 del año 1995, donde se establece que para que las causas...o que se prueben los requisitos que deben probarse para declarar que existe un enriquecimiento sin justa causa, esto es, un enriquecimiento... va dirigido hacia Colpensiones, teniendo en cuenta que dichos emolumentos como son gastos de administración y comisiones están enriqueciendo a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a su vez a terceros que nada tuvieron que ver con la presente Litis, esto... el RPM con Prestación Definida, van a un fondo común, por tal motivo dichos emolumentos serían... irían al fondo común y no directamente... al demandante. Y segundo, un empobrecimiento correlativo de... es decir se está desconociendo un trabajo que realizó mire representada por el manejo de la cuenta de ahorro individual del señor... un enriquecimiento de terceros que nada, sin que hubiesen tenido que ver en el acto de afiliación o traslado de régimen pensional... el demandante... pues por tratarse de un fondo común están beneficiando a terceros y el más beneficiado es Colpensiones por, porque está llevándose no sólo los aportes sino también, también los rendimientos que nunca hubiera obtenido en la cuenta que maneja esa administradora. En cuanto a las agencias en derecho son algo desproporcionadas, teniendo en cuenta que de conformidad con las disposiciones legales y la jurisprudencia, las agencias en derecho corresponden a una contraprestación por los gastos en que... para ejercer la presente defensa legal a los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a las... por el apoderado de la parte demandante. Téngase en cuenta que dichas gestiones realizadas son mínimas teniendo en cuenta que es un proceso que requiere... probados, lo cuales acudieron a dar contestación dentro del término legal, por tales motivos solicito respetuosamente al H. Tribunal Superior de Bogotá revocar las condenas y así mismo solicito al juez de instancia se conceda el recurso de apelación. Muchas gracias.

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que el demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 38 años de edad y si bien se encontraba vinculado a COLPENSIONES³ no se acreditó que contara con más de 750 semanas de cotización; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos

³ Ver historial de vinculaciones (folio 107).

de 15 años de cotizaciones al Sistema; y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión de vejez (tenía 61 años – folios 27 y 31).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4 5}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de*

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”.*

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. En ese sentido, 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, en ese momento, 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) 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 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” (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 ineficaz el traslado de régimen

pensional del demandante, pues COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener 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 pues indicó que su traslado obedeció a la reunión grupal de no más de 20 minutos en que un representante de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS -en el año de 1996- quien le indicó que sobre la inminente desaparición del ISS, así como se había terminado la Caja de Previsión y que en cambio en el fondo privado tendría mejores prestaciones y se trataba de una oportunidad única que le daría varios privilegios, como que se podría pensionar a cualquier edad (alrededor de los 40 años) y tendría una mejor mesada pensional a la que obtendría en un fondo público, sin que le indicara cómo podría obtener tales beneficios, en ninguna forma recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las todas ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (CD 2, Min. 24:33).

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” del acto la ratificación tácita por el paso del tiempo.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía el juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta, se adicionará 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.

SIN condena en COSTAS en el grado jurisdiccional de 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. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de COLFONDOS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 35 2019 00717 01

Giacomo Santiago Leopoldo Marcenaro Jiménez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GIACOMO SANTIAGO LEOPOLDO
MARCENARO JIMÉNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de ésta última entidad a la sentencia dictada el 29 de junio de 2021 por el Juez Treinta y Cinco (35) 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).

Téngase a la doctora Johana Alexandra Duarte Herrera, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien se identifica con T.P. 184.941, para actuar como apoderada principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a las doctoras Claudia Liliana Vela, abogada inscrita a CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., y Oriana Espitia García, quienes se identifican con T.P. 123.148 y 291.494, para actuar como apoderadas principal y sustituta,

respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder, el certificado de existencia y representación legal y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GIACOMO SANTIAGO LEOPOLDO MARCENARO JIMÉNEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad* o ineficacia del traslado de Régimen Pensional efectuado por el demandante en el mes de agosto de 1994. La anterior pretensión fue fundamentada sobre el argumento según el cual el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de una información suficiente, amplia y oportuna por parte de PORVENIR S.A., pues esta AFP sólo le indicó que tendría más beneficios económicos en dicha entidad, pero omitió indicar los riesgos, como que podría obtener una pensión inferior al RPM o incluso no contar con capital suficiente para pensionarse, ni las distintas modalidades pensionales del RAIS, la eventual negociación del bono pensional o la posibilidad de retracto, situación que se repitió al momento de su traslado a COLFONDOS S.A., lo que provocó un vicio en el consentimiento al no ser éste informado, pleno y oportuno. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros aportados, con los rendimientos y bonos a que hubiera lugar, así como el reconocimiento de los perjuicios morales que le causaron, estimados en 200 SMLMV (ver demanda en el archivo 1 folios 4 a 15 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que obran el expediente pruebas suficientes para entender que se brindó la información adecuada a el demandante al momento

del traslado y no se encuentra acreditado vicio alguno en su consentimiento, quien adicionalmente se encontraba obligado a informarse sobre las consecuencias de su traslado, máxime cuando la regulación de los regímenes pensionales es de público conocimiento, no se evidenció que hubiera hecho uso del derecho de retracto y, por el contrario, su voluntad se ratificó con su permanencia en el RAIS. Además, señaló que la parte demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 para trasladarse entre regímenes pensionales. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 1 folios 133 a 166 del expediente digital).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones en su contra y especialmente a la declaratoria de *nulidad* del traslado, argumentando que la afiliación se hizo efectiva de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario correspondiente, y se brindó información objetiva, incluyendo cálculos comparados e información sobre ventajas y desventajas de cada régimen a través de personal idóneo y debidamente capacitado. Agregó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y, en todo caso, la decisión de permanecer en el RAIS es tan clara, que no hizo uso de la figura de retracto ni tomó la decisión de retornar al RPM antes de los últimos 10 años previos a cumplir la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez. Por último, aseveró que no se podría condenar al pago de perjuicios, pues los mismos no se encuentran acreditados y, en todo caso, el daño que se alega debe ser cierto, no hipotético o eventual. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del*

consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e inexistencia de perjuicios (ver contestación en archivo 8 folios 1 a 28 del expediente digital).

A su vez, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., otorgó información suficiente y necesaria para que el demandante tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera libre, voluntaria e informada, conforme los requisitos y características vigentes para la época, y advirtió que la ignorancia de la Ley no genera vicio en el consentimiento, pues allí se encuentran plasmadas las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen. Agregó que la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS fue ratificada con su posterior traslado a COLFONDOS S.A., sin que en ningún momento este hubiera manifestado su voluntad de retornar al RPM. Informó que el demandante estaría incurso en prohibición contenida en el artículo 13 literal e de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *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 carpeta 9 folios 1 a 26 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de junio de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y Cinco (35) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor GIACOMO SANTIAGO LEOPOLDO MARCENARO JIMÉNEZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., y como consecuencia, se ordena a COLFONDOS S.A., a trasladar a la*

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. SEGUNDO: Se CONDENA a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que estuvo afiliado a cada uno de estos fondos, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: Se CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliarse a GIACOMO SANTIAGO LEOPOLDO MARCENARO JIMÉNEZ al régimen de prima media con prestación definida y a recibir todos los aportes que éste hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A. CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho \$1.000.000, que se incluyen en la liquidación de costas, sin costas a COLPENSIONES ni para COLFONDOS. QUINTO: En caso no apelarse la decisión se remitirá al Tribunal Superior de Bogotá, para que sea estudiada en el grado jurisdiccional de consulta.” (Audiencia virtual del 29 de junio de 2021 Min. 47:10).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra ningún medio probatorio de convicción que brinde certeza y veracidad sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada del demandante en recurso pide que se revoque parcialmente la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto absolvió del pago de costas a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., pues dicha condena procede por haberse opuesto a las pretensiones y haber resultado vencidas en juicio, conforme al artículo 365 del CGP (Audiencia virtual del 29 de junio de 2021 Min. 49:37).

La apoderada de COLPENSIONES en recurso pide que se revoque en su totalidad la sentencia dictada en primera instancia. Para el efecto, considera que el demandante tuvo la facultad de trasladarse de régimen pensional. Manifestó que su traslado conlleva la descapitalización del sistema y redundando en un detrimento para los demás afiliados. La inconformidad se centra en la posible mesada pensional, la cual sólo se puede definir al momento de acceder al derecho. Finalmente, solicita no se despache favorablemente la solicitud de condena en costas presentada por la parte actora, pues su vinculación es como litisconsorte necesaria y no ha hecho más que ejercer su derecho a la legítima defensa (Audiencia virtual del 29 de junio de 2021 Min. 51:50).

En el recurso, la apoderada de PORVENIR S.A. pidió que se revoque la condena como quiera que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria, sin que para la época del traslado fuera exigible a la administradora entregar información por escrito. Agregó que el demandante no cumplió su deber de informarse, máxime cuando se trata de situaciones reguladas en la Ley, cuyo desconocimiento no puede ser excusa. Así mismo, la inconformidad se centra únicamente en el monto de la mesada pensional, lo cual no puede considerarse un vicio en el consentimiento al momento del traslado, pues su cálculo se efectúa al momento de reunir los requisitos legales para ello. Por último, considera que no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues estos descuentos se efectúan de conformidad con la Ley 100 de 1993 y los cuales cumplieron su cometido durante la vinculación del actor al ser debidamente invertidas al generar rendimientos en la suma del demandante y, tales dineros no fueron siquiera descontados por PORVENIR,

EXP. 35 2019 00717 01

Giacomo Santiago Leopoldo Marcenaro Jiménez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.

sino por la entonces AFP COLPATRIA (Audiencia virtual del 29 de junio de 2021 Min. 54:17).

En el recurso de COLFONDOS S.A., la apoderada pidió que se revoque la condena de devolver dineros por gastos de administración, los cuales no sólo son susceptibles de prescripción, por lo que no procedería su cobro, sino que los mismos resultarían inferiores a los rendimientos obtenidos por la administración de dicha entidad, conforme a lo cual, tampoco se puede tener en cuenta la existencia de una disminución del capital de financiación de la prestación, por lo que ningún perjuicio se le puede endilgar que diera lugar a dicha condena. En caso de ordenar dicha devolución, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, entidad en la que pese a que se habría efectuado el mismo descuento, no se habrían generado los rendimientos que serán objeto de devolución (Audiencia virtual del 29 de junio de 2021 Min. 58:41).

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 cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que el demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 34 años de edad y había cotizado 459.86 semanas¹; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años 2 meses y 26 días)²; y para la fecha de presentación de la demanda ya había superado la edad mínima edad mínima para alcanzar la pensión de vejez (tenía 60 años – ver archivo 1 folios 16 y 115 del expediente digital).

¹ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES en archivo 1 folios 26 a 30 del expediente digital.

² *Ibidem*.

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^{3 4}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

³ 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*”.

⁴ 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 pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, 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, en ese momento, 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) 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 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*” (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 ineficaz el traslado de régimen pensional del demandante, pues la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener 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”*.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* del acto jurídico la ratificación tácita por el paso del tiempo, o por posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial del demandante al RAIS operó con el traslado de régimen en agosto de 1994 a COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., y posteriormente, en octubre de 2016, se afilió a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada (ver solicitudes de vinculación en archivo 01 folios 17 y 18 del expediente digital).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se

sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía el juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta se adicionará 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.

Finalmente, en respuesta al recurso interpuesto por la parte actora, se adicionará la condena en costas para que las mismas sean a cargo también de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestaciones en archivo 1 folios 133 a 166 y archivo 8 folios 1 a 28 del expediente digital).

EXP. 35 2019 00717 01

Giacomo Santiago Leopoldo Marcenaro Jiménez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.

Costas de segunda instancia cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

DECISIÓN

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. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió los fondos de pensiones.
3. **ADICIONAR** el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que la condena en costas también se encuentra a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
4. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 35 2019 00717 01

Giacomo Santiago Leopoldo Marcenaro Jiménez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11' with a period at the end.

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 FERNANDO SÁENZ POSADA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 15 de julio de 2021 por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a las doctoras Claudia Liliana Vela y Viviana Moreno Alvarado, quienes se identifican con T.P. 123.148 y 269.607, para actuar como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FERNANDO SÁENZ POSADA presentó demanda contra la 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 RPM al RAIS ocurrido en julio de 1994, con fundamento en que no se le brindó información completa y comprensible sobre las consecuencias del traslado, omitiendo información sobre los riesgos que debería asumir y sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, no se hicieron cálculos y proyecciones de su futuro pensional. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a COLPENSIONES a pedir el traslado de todo el capital ahorrado en su cuenta de ahorro individual (ver demanda en el archivo 1 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado que realizó el demandante se efectuó de forma libre, espontánea y voluntaria, y de haberse presentado algún engaño u omisión por parte del fondo privado, ello debe ser demostrado en este proceso. Además, señaló que la parte demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 para trasladarse entre regímenes pensionales, sin que hubiera mostrado su intención de hacer uso de dicha prerrogativa en el tiempo en el que estuvo facultado para ello, y no se puede entender que para el momento del traslado tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional, pues no acreditaba 40 años de edad ni 15 años de servicios para el 1° de abril de 1994. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *errónea e indebida aplicación el 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 e innominada o genérica (ver contestación en la carpeta 14 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que otorgó información suficiente y necesaria para que el demandante tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera libre, voluntaria e informada, conforme los requisitos y características vigentes para la época, como se acredita con un documento público como lo es el formulario de afiliación suscrito, sin que el accionante hubiera manifestado inconformidad alguna con la información recibida durante más de 26 años o haya buscado nueva asesoría por cualquiera de los canales de información con que cuenta la entidad. Adicionalmente, el demandante se encuentra incurso en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 para trasladarse entre regímenes pensionales. Por último, señala que no hay lugar a la devolución de gastos de administración, pues los mismos fueron descontados por mandato legal y han surtido su propósito, como es la generación de rentabilidad del capital contenido en la cuenta de ahorro individual del actor, así como la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte, por parte de la aseguradora previsional. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en el archivo 18 folios 1 a 25 del expediente digital).

Termino la primera instancia con sentencia de 15 de julio de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y Cinco (35) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional efectuado por el demandante en el año 94, al régimen de Ahorro Individual y, en consecuencia, para todos los efectos se tendrá que el señor SÁENZ se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación*

Definida administrado por COLPENSIONES. SEGUNDO: Se CONDENA a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del demandante, con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por cuotas o gastos de administración. TERCERO: Se CONDENA a COLPENSIONES a recibir los saldos trasladados de PORVENIR a favor del accionante, teniendo por válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. CUARTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral para que se estudie en el grado jurisdiccional de consulta. QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR, las cuales se tasarán por secretaría, señalamos como agencias en derecho la suma de \$3.000.000” (Audiencia virtual del 15 de julio de 2021 Hora 1:03:18 del expediente digital).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que las pruebas aportadas al proceso no permite establecer que para el momento del traslado de régimen el fondo privado hubiese puesto de presente las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, advirtiendo que para demostrar un consentimiento informado no es suficiente la suscripción del formulario de afiliación, así como tampoco se ratificó ésta por el paso del tiempo. Agregó que no se desprende confesión alguna del interrogatorio de parte al demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada pide que se revoque el fallo en su integridad, toda vez que no existen elementos que demuestren la existencia de vicios en el consentimiento, ni se probó que el fondo privado le hubiese suministrado información falaz al demandante, quien al haber manifestado en interrogatorio de parte que recibió información, contaba con la carga probatoria para demostrar que la misma fue incompleta o falaz, lo cual no sucedió. Así mismo, no se puede endilgar a la entidad la forma de calcular

la pensión o considerar que ello constituye un engaño por parte de la misma, pues se trata de situaciones que se encuentran reguladas en la Ley y, contrario a lo referido, no era dable realizar una proyección pensional para la época, pues ésta depende de varios factores, incluyendo núcleo familiar y capital acumulado al momento de tramitar la prestación, que de haberse efectuado al momento de la afiliación sí podría haber generado una falsa expectativa. Señaló que, pese a la reiterada jurisprudencia respecto de la ineficacia declarada, se debe tener en cuenta la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003, que buscó proteger la sostenibilidad financiera del sistema, ya que en el presente caso se está afectando el patrimonio público de un tercero de buena fe, que no tuvo responsabilidad alguna en el traslado, como lo es COLPENSIONES, entidad eventualmente llamada a un reconocimiento pensional. Por último, solicitó que se condene en costas a la parte actora (Audiencia virtual del 15 de julio de 2021 Hora 1:06:24 del expediente digital).

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso a fin de que se revoque la condena en su integridad, en cuento a la ineficacia declarada, la condena a devolver los valores descontados por gastos de administración y a pagar costas y agencias en derecho. Sobre la ineficacia del traslado aduce que no se demostró que se haya presentado incumplimiento del deber de información, máxime cuando así lo reconoció el actor en el interrogatorio de parte, al punto que no presentó dudas o requirió más información por parte del asesor y procedió a la firma del formulario de afiliación, único documento exigido para la época y cuyo contenido se presume auténtico. Agregó que la permanencia del actor en el RAIS, es clara muestra de su voluntad. Además, afirma que no es posible devolver los gastos de administración, cuya finalidad no es financiar la pensión, tal como lo ha señalado la Superintendencia Financiera. Por último, consideró desproporcionada la condena en costas, al considerar que no se encuentra justificado el valor impuesto (Audiencia virtual del 15 de julio de 2021 Hora 1:10:37 del expediente digital).

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 67,86 semanas¹; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año 3 meses y 25 días)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 60 años de edad – ver archivo 3 folios 1 y archivo 6 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 Ver historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES, carpeta 02 archivo 05 del expediente digital.

² *Ibidem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, según el cual se debe 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 información 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*

³ 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”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

afiliación 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “*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) que 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 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*” (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 la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* al demandante 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues 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”*. Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió el demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que el asesor de la AFP se limitó a señalar en una reunión grupal de menos de 10 minutos que el ISS se acabaría, por lo que debía trasladarse a dicha AFP, pues era lo mejor para él (Audiencia virtual del 15 de julio de 2021 Min. 18:36 del expediente digital).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la permanencia del actor en el RAIS.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, para lo cual se sigue también el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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).

Por lo mismo, dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el Juez de primera instancia.

Conociendo en consulta, se adicionará 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.

Finalmente, se confirmará la condena en costas, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en el archivo 18 folios 1 a 25 del expediente digital), sin que sea este el momento procesal oportuno para discutir su valor, pues si bien está contenido en la sentencia, éste únicamente podrá ser controvertido mediante los recursos de reposición y apelación en contra del auto que apruebe su liquidación (artículo 366 numeral 4 del CGP).

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

DECISIÓN

⁵ “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”.

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. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió los fondos de pensiones.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

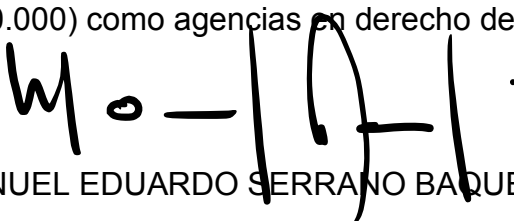
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) 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 LABORAL DE ROBERTO PINTO POVEDA
CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL – UGPP**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la UGPP, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 21 de abril de 2021 por el Juez Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se **CONDENÓ** a la UGPP a pagar el incremento del 14% del SMLMV en la pensión del actor por cónyuge a cargo.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ROBERTO PINTO POVEDA presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, sobre la pensión de invalidez de origen profesional reconocida a su favor por el ISS (riesgos profesionales), hoy UGPP. Lo anterior, teniendo en cuenta que está casado con MARÍA MODESTA LUNA DE PINTO y cumple los requisitos

de convivencia y dependencia económica establecidos en la norma. Advirtió que en virtud de lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1437 de 2015, las pensiones que originalmente habían sido reconocidas por el ISS (riesgos profesionales) quedaron inicialmente a cargo de POSITIVA SA y a partir del 30 de junio de 2015 pasaron a ser administradas por la UGPP. Pide el pago indexado de las condenas (ver demanda en folios 1 a 7 del plenario).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP mediante apoderado contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones incoadas con fundamento en que los incrementos pensionales establecidos en el Decreto 758 de 1990 solo son aplicables a las pensiones de invalidez de origen común, pero no para las pensiones de invalidez de origen profesional. Propuso como excepciones las siguientes: *falta de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, compensación y la genérica* (ver contestación en folios 48 a 53 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia de 21 de abril de 2021, a través de la cual el Juez Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UGPP a pagar el incremento del 14% del SMLMV en la pensión del actor por cónyuge a cargo.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP a reajustar el incremento pensional concedido en un 14% por cónyuge a cargo y a favor del señor del señor ROBERTO PINTÓ POVEDA de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia. SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de los incrementos causados antes del 9 de octubre del año 2014. DECLARAR no probadas los demás medios exceptivos. TERCERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL y contribuciones parafiscales de la protección social UGPP a reconocer y pagar*

por concepto de retroactivo pensional a favor del demandante, el señor Roberto Pintó Poveda la cifra de \$9.846.155 calculados desde el nueve de octubre del año 2014 al 30 de abril del año 2021, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, suma que deberá indexarse para la fecha en que se efectuó el pago. CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada por la suma de un salario mínimo mensual legal vigente. QUINTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión” (CD 1, audio 2, minuto 30:42).

Para tomar su decisión, el juez de primera instancia señaló que la controversia no versa sobre la vigencia de los incrementos pensionales que se reclaman, sino sobre los valores que debían ser liquidados por dicho concepto, advirtiendo que sí se puede hacer extensivo el porcentaje establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 a pensiones de invalidez de origen profesional reconocidas con fundamento en el Acuerdo 155 de 1963, tal y como lo estimó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1975 de 2018. En este orden de ideas, concluyó que la parte actora demostró el cumplimiento de los requisitos de convivencia y dependencia económica que dan acceso al derecho pensional reclamado, y advirtió que POSITIVA renunció a la prescripción de la acción para reclamar los incrementos del 14% cuando reconoció a favor del demandante los incrementos establecidos en el Acuerdo 155 de 1963.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la UGPP solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, con fundamento en que los incrementos pensionales por cónyuge o compañero permanente a cargo dispuestos en el Acuerdo 049 de 1990 solo son aplicables en pensiones de invalidez de origen común, lo que no ocurre en el caso bajo estudio pues el demandante fue pensionado por invalidez de origen profesional.

Adicionalmente considera que, de conformidad con lo establecido en la sentencia SU 140 de 2019, el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efectos frente a quienes hayan adquirido la pensión con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y advirtió que de todas formas, no se encuentra probado que MARÍA MODESTA LUNA viva con el actor y/o dependa económicamente de él, pues los testimonios practicados en el proceso no coinciden con la declaración de parte que rindió el demandante (CD 1, audio 2, minuto 31:53)¹.

¹ “Si doctor , me permito interponer recurso de apelación sustentado en esta misma audiencia de la siguiente manera si me da el aval para lo mismo...en ese orden de ideas me permito sustentar el recurso para que el honorable magistrado que conozca del presente recurso se sirva de revocar la sentencia y la sustentación la realizó de la siguiente manera, es de indicar que se solicite por parte de la demandante un incremento por cuanto hubiera a cargo señora María Modesta Luna de conformidad con decreto del artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990, esto es un incremento del 14 % para los pensionados que tuvieron una compañera permanente o cónyuge a cargo así y me permito exponer el artículo 21 del mencionado decreto las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así bajo el literal B en un 14% sobre la pensión mínima por el cónyuge o la compañera del beneficiario que depende económicamente de él y no disfruté la pensión, si, cierro comillas, el demandante fue pensionado de invalidez permanente total de origen profesional por el ISS y su ARP mediante resolución 004 682 del 22 de julio del 92 y posteriormente la resolución 1586 del 23 de enero del 2006 es de mencionar que el decreto 758 de 1990 solamente es aplicable la pensión por invalidez que sean de origen común y tal como su artículo primero se dispuso, es al señalar el rango de aplicación de la siguiente manera “ el artículo primero: afiliados al seguro invalidez vejez y muerte salvo excepciones establecidas en el artículo 2 del presente reglamento estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen profesional” por lo anterior el decreto antes señalado solamente es aplicable a las pensiones por invalidez de origen no profesional, eso es de origen común, lo que quiere decir que las reconocidas por el instituto de seguros sociales como el fondo de pensiones hoy administradora colombiana de pensiones Colpensiones ignore ese aplicable a las pensiones de invalidez de origen profesional, reconocida por la administradoras de riesgos profesionales del instituto de seguros sociales hoy mi administradora representada. Es de indicar que la pensión de la cual goza el demandante y reconocida por la administradora de riesgos sociales profesional del instituto de seguros sociales fue pensión de invalidez de origen profesional y no de origen común, tal como quedo reseñado por las consideraciones de la resolución 158 del 23 de enero del 2006 donde se indicó abro “ que el señor Pinto Poveda a través de apoderado del 16 de agosto del 2005 presentó ante la ARP y ISS seccional Antioquia, Antioquia, la solicitud de modificación de la resolución 5998 de 1995 y que en lugar fuera concedida la prestación económica a la que estimaba tener derecho, que dicha solicitud a la ARP y su ISS a la seccional Caldas en la dependencia brindó respuesta con el oficio DR 2124 de Septiembre 5 del 2005 informándole que debía pedir una nueva valoración por medicina laboral con propósito de revisar el estado de la invalidez actual, posteriormente el paciente fue evaluado por el médico fisiatra y oftalmólogo por el que la ARP de la seccional

con Tolima emitió dictamen laboral del 11 de diciembre del 2005, estableciendo una deficiencia de 50% y ratificó la calificación de origen profesional y el porcentaje otorgado el 26 de enero del 92 determinó como fechas de estructuración el 2 de noviembre 2005, que después de reexaminar el caso en mención se concluye que es procedente realizar el pago de la operación económica a favor del asegurado, el señor Pinto Poveda a partir del momento en que el ISS modificó unilateralmente el acto administrativo de reconocimiento, así a partir del primero de diciembre del 94 y hasta el 31 de noviembre del 2005 con el 35% y a partir del 2 de noviembre del 2005 de la fecha con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 50% en esa parte cierro ". Cabe precisar que el reajuste que persigue no es aplicable a las personas que hayan sido pensionadas por riesgos laborales cuyos derechos fueron causados por, originalmente en el, en el extinto ISS o instituto del seguro social y como sucesor a sus funciones a los pensionados de la unidad de gestión y pensión para los parafiscales conforme a lo señalado en la ley 1151 del 2007, el artículo 80 la ley 1753 de 2015 y el decreto reglamentario 1437 de 2015, de ahí que esta unidad mi representada se encuentra imposibilitada legalmente para acceder a la petición de incremento de la mesada pensional por cónyuge o compañero permanente. Continuando es de advertir que el ISS hoy Colpensiones es una entidad, la cual esta unidad no le ha asignado la competencia pensional, como tampoco la de...judicial y ni objetiva ni subjetiva, de lo anterior se colige que los únicos destinatarios del Decreto 758 del 90, normativa en la cual se fundamenta la petición son los afiliados del instituto del seguro social y ha sido ratificado por la jurisprudencia en varias oportunidades como la continuación señala la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, sala de casación de fecha 21 de junio de 2011 "Por último la sala resalta que resulta impertinente pedirle a la caja nacional de previsión social que reconozca las prestaciones estatuidas en el acuerdo 049 del 90 por cuanto estas disposiciones son propias de los reglamentos del instituto del seguro social". Además de manera subsidiaria, honorable Juez y honorable Magistrado que conocerá el recurso me permito solicitar sea tenido en cuenta que el presente, que para el presente recurso qué la parte demandante tampoco demostró que la señora María Modesta Luna dependiera económicamente del demandado ¿Por qué ? no existió concordancia lo dicho por el demandante en el interrogatorio de parte y las dos pruebas testimoniales, toda vez que primero conocían el inmueble donde conviven la pareja para indicar que la pareja vive en el segundo piso y que consta de 2 habitaciones, cuando el interrogador manera señaló que vive en un tercer piso y que su vivienda es en un apartamento de 3 habitaciones, la señora Fidelina Arias ni siquiera tenía conocimiento de que el demandante es pensionado señaló que se ...a una actividad formal que se sale de vez en cuando además que esta misma destino que la pareja tiene dos hijos más, mayores de edad que trabajan en el ejército, por lo tanto no se tiene claridad que la señora María Modesta Luna aún viva con el demandante Roberto Pinto y mucho menos que dependa económicamente del demandante. Adicionado señor Juez en la sentencia SU 140 la Corte establece en su numeral 3.2.5 que para esta es innegable que el artículo 21 del decreto 758 de 1990, no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la Ley 100 del 93, todo ello exige sin perjuicio de que con arreglo a la respectiva carta política exigir derechos adquiridos de quienes hayan sido pensionados con anterioridad a la Ley 100 en que hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma conserven el derecho de incremento pensional que se les lleva entonces y de que se haya...siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas para el referido artículo 21, por todo lo anterior señor Juez y al honorable magistrado que conozca el presente recurso que revoque la decisión primero porque la disposición no es aplicable a esta pensión de invalidez y segundo porque por cuanto no se probó

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la calidad de pensionado del demandante, hecho que se acredita –además- con la copia de las Resoluciones No 6482 de 1992 y 1586 de 2006, mediante las cuales el ISS (riesgos profesionales), hoy UGPP, le reconoció la pensión de invalidez de origen profesional partir del 30 de mayo de 1992, en la suma inicial de \$160.819, más \$32.00 por concepto de incrementos por cónyuge y \$32.00 por hijos a cargo, con fundamento en el Acuerdo 155 de 1963, aprobado por el Decreto 3170 de 1964 (ver resoluciones en folios 17, 167, 18 a 21 y 241 a 243 del expediente). Tampoco fue objeto de controversia que el 6 de noviembre de 2014 la ARL POSITIVA (hoy UGPP) reconoció a favor del actor los incrementos pensionales por cónyuge a cargo establecidos en el artículo 25 del Acuerdo 155 de 1963, al evidenciar que habían sido inicialmente reconocidos en la Resolución 4682 de 22 de julio de 1992 y que no se habían presentado nuevas reclamaciones por dicho concepto, y por ello, pagó la suma total de \$1216 en la nómina de diciembre de 2014 (ver comunicaciones en folios 24 a 29).

Así las cosas, el Tribunal debe definir si los incrementos pensionales por persona a cargo regulados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, son aplicables en la pensión de invalidez de origen profesional reconocida a favor del demandante con fundamento en el Acuerdo 155 de 1963, y de ser así, si se cumplieron los requisitos establecidos en la norma para acceder al derecho pensional que se reclama.

Para resolver lo pertinente el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 ordenó que las pensiones de invalidez por riesgo común y de vejez se incrementen *“un catorce (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario que dependa económicamente de*

convivencia ni dependencia de la señora María Modesta luna como cónyuge...gracias su señoría”.

éste y no disfrute de una pensión”², y si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entendía la vigencia de dicha norma (sentencias de 27 de julio de 2005, Rad. 21517 MP Isaura Vargas Díaz y Jaime Moreno García, y 5 de diciembre de 2007, Rad 29751. MP Luis Javier Osorio López) reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, órgano competente para decidir sobre vigencia y exequibilidad de las normas legales, dispuso que los incrementos previstos en el decreto 758 de 1990 sí fueron derogados por la Ley 100 de 1993 “salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005”.

Con base en tal decisión, solo procede el reconocimiento de los incrementos pensionales que ordenó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 para las pensiones causadas antes del 1° de abril de 1994, como ocurrió con la prestación otorgada al demandante, que fue reconocida a partir del 30 de mayo de 1992 con fundamento en el Acuerdo 155 de 1963, aprobado por el Decreto 3170 de 1964, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada advirtiendo para responder a los argumentos del recurso que los incrementos por persona a cargo regulados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 son aplicables por extensión a los beneficiarios de la *pensión de invalidez de origen profesional*

² ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

al amparo de la normatividad referida (Acuerdo 155 de 1963³), asunto sobre el cual se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1975 de 2018 M.P. GERARDO BOTERO ZULUADA. Dijo la Corte “(...) *al variar el incremento del que dependían las pensiones de origen común, por virtud del Acuerdo 049 de 1990, debía aplicarse el reenvío exclusivamente para establecer los valores con los porcentajes de su artículo 21, en el evento debatido, los relativos al 14% por cónyuge a cargo. Para esta Corporación esa hermenéutica aparece plausible y, además, encuentra asidero en las reglas de interpretación ya decantadas, pues si el parágrafo del artículo 25 del Acuerdo 155 de 1963, ató sus valores a la pensión de vejez e invalidez de origen común, variados estos, por efecto del Acuerdo 049 de 1990, era perfectamente aplicable el porcentaje del 14%, ante el otro que parecía irrisorio para el momento de la contingencia*”.

Se debe advertir que el demandante probó los requisitos que dan acceso al derecho reclamado así:

i) Con el registro civil de matrimonio se demuestra que el demandante y MARIA MODESTA LUNA contrajeron matrimonio el día 7 de abril de 1979 (folio 9).

ii) La condición de MARIA MODESTA LUNA como cónyuge beneficiaria del incremento pensional contemplado en el artículo 25 del Acuerdo 155 de 1963, fue reconocida en la Resolución No 6482 de 1992 expedida por el entonces ISS (hoy UGPP) y ratificada por POSITIVA S.A. en el mes de

³ Artículo 25: “Las pensiones mensuales por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, se incrementarán así:

a) En la cantidad de diez y seis pesos (\$16.00) por cada uno de los hijos menores de catorce años, o de diez y ocho (18) si son estudiantes o inválidos de cualquier edad, que dependan económicamente del beneficiario, y

b) En la cantidad de treinta y dos pesos (\$32.00) por la cónyuge del beneficiario siempre que está no disfrute de pensión sea inválida o tenga sesenta (60) años de edad.

Los aumentos mensuales de la pensión por estos conceptos no podrán sobrepasar la suma de noventa y seis (\$96.00).

Parágrafo. Las cuantías de los incrementos contemplados en el presente artículo así como el tope máximo de las mismas regirán también para las pensiones del seguro de invalidez vejez y muerte de origen no profesional”.

diciembre de 2014, cuando otorgó nuevamente dichos incrementos, como ya se dijo (ver comunicaciones en folios 24 a 29).

iii) La dependencia económica y la ausencia de pensión se obtiene de las declaraciones que rindieron MARIA ERCILIA RUIZ DE SÁNCHEZ y FIDELINA ARIAS (amigas de la pareja – CD 1, audio 1, minutos 31:50 y 49:13 respectivamente), quienes afirmaron conocer a la pareja hace 40 y 38 años respectivamente, que tiene dos hijos y que MARIA MODESTA LUNA (cónyuge) depende económicamente del actor, pues no recibe ayuda económica de sus hijos, ni desarrolla actividad alguna que le genere ingresos, siendo el aquí demandante el encargado de sufragar todos los gastos. Se debe advertir que las contradicciones que se generaron entre las declaraciones rendidas por las testigos y el demandante versaron sobre asuntos intrascendentes que no descalifican su contenido (el número de habitaciones del apartamento en el que convive la pareja (ellas dijeron 2 y él dijo 3), pero no sobre el matrimonio, su convivencia ininterrumpida o la dependencia económica. Además, de la consulta efectuada en el Sistema Integral de Información de la Protección Social (anexada de oficio por el Tribunal) se obtiene que la cónyuge no está disfrutando de pensión alguna, no tiene vinculaciones a programas de asistencia social, no reporta afiliación al régimen de pensiones y se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria al régimen de seguridad social en salud.

En ese orden de ideas, el derecho al pago del incremento pensional por cónyuge a cargo se causó de manera concurrente con la pensión de invalidez, el 30 de mayo de 1992.

Se CONFIRMARÁ entonces -como ya se dijo- la decisión dictada por la juez de primera instancia, precisando que la prescripción de la acción recae sobre cada una de las mesadas de incremento, pues si bien es cierto que al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, los incrementos pensionales por persona a cargo no forman parte integrante de la pensión de vejez, no por ello puede considerarse

que el derecho a su reconocimiento esté sujeto a la prescripción trienal contada a partir de la fecha de reconocimiento de la prestación. Tal interpretación deja al margen todos aquellos casos en que el pensionado adquiriera los requisitos para el otorgamiento de este beneficio pasados tres años desde el reconocimiento de la pensión, sin que exista una razón válida que justifique el trato diferenciado frente a quienes tenían personas a cargo en forma concomitante con el reconocimiento pensional. De otra parte, es válido considerar que, si los incrementos no forman parte integrante de la pensión de vejez sino son un beneficio accesorio a la misma, en tanto accesorios corren la suerte de lo principal, de tal manera que prescriben junto con las mesadas, pero no prescribe el derecho a su reconocimiento. Ahora bien, estima la Sala que de todas formas y dadas las dos interpretaciones razonables sobre de la norma, se debe dar aplicación al principio de *in dubio pro operario*, según el cual, cuando una misma norma de carácter laboral admita razonablemente varias interpretaciones se debe preferir la que más favorezca al trabajador. Por estas razones, nos apartamos respetuosa y razonadamente de las sentencias dictadas sobre la materia por otras corporaciones judiciales.

Para el caso presente y atendiendo a que la reclamación administrativa para el reconocimiento de los incrementos se radicó en la UGPP el 26 de septiembre de 2017 (folio 23), y a que la demanda se interpuso el 31 de mayo de 2019 (folio 37), operó la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de septiembre de 2014. Sin embargo, se confirmará la sentencia que reconoció el incremento pensional desde una fecha posterior (9 de octubre de 2014), pues no se puede afectar el interés de la UGPP en favor de quien se está conociendo esta decisión como único apelante y en consulta.

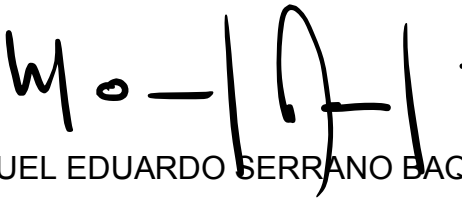
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JUAN CARLOS RODRÍGUEZ URREA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 10 de junio de 2021 por el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JUAN CARLOS RODRÍGUEZ URREA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad e* ineficacia del traslado de Régimen Pensional efectuado por el demandante en enero de 1998. La anterior pretensión fue fundamentada sobre el argumento según el cual el traslado de Régimen Pensional no estuvo precedido por el suministro de una información suficiente, amplia y oportuna por parte de COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., pues dicha AFP se limitó a señalar que tendría varios beneficios, pero no informó, entre otras, cómo lo afectaría el traslado, cómo podría acceder a alguna de las modalidades pensionales de dicho régimen, la cantidad de dinero que requería en su cuenta de ahorro individual para obtener la prestación pensional, lo que constituye un engaño y la ausencia de una decisión libre y voluntaria (ver demanda en los folios 4 a 36).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que éstas carecen de soporte jurídico y fáctico, por cuanto la vinculación goza de plena validez y legalidad pues se hizo de manera libre y voluntaria, ejerciendo el derecho a la libre escogencia de régimen, y sin que existieran vicios del consentimiento, máxime cuando el actor incumplió su deber de informarse en debida forma, si consideraba tener alguna duda antes o durante su afiliación al RAIS y, advirtió, que es improcedente su retorno al RPM pues ello contravendría lo dispuesto en la Ley 797 de 2003. Así mismo, indicó que el demandante habría incurrido en un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en los folios 143 a 153).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por medio de apoderado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, alegando que el traslado de Régimen Pensional efectuado por el demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y en las normas vigentes para la época, como lo demuestra el formulario de afiliación debidamente suscrito, el cual se presume auténtico. Además, predicó que no se demuestra omisión de información por parte de HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., al momento de realizarse el traslado de régimen, sino que, por el contrario, dicha afiliación estuvo precedida por una suficiente ilustración del RAIS, sin omitir las desventajas del mismo, sin que por más de 20 años el afiliado hubiera mostrado voluntad de trasladarse nuevamente al RPM. Agregó que el accionante se encuentra incurso en la restricción contenido en el artículo 13 literal e de la Ley 100 de 1993. Así mismo, no puede predicarse la ignorancia de la Ley, donde se encuentran regulados los diferentes regímenes, como causal de vicio en el consentimiento. Sobre la condena en costas y los gastos del proceso, solicitó que se absolviera a su representada, por cuanto – a su juicio- no existen presupuestos de hecho ni de derecho para fulminar en su contra esa pretensión. Como excepciones de mérito formuló las siguientes: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica* (ver contestación en los folios 159 a 188 y 236 a 244).

Así mismo, mediante apoderado, contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Se opuso a las pretensiones contenidas en la demanda. Sustentó la anterior postura aduciendo que el contrato de afiliación celebrado cuenta con todos los elementos necesarios para predicar su existencia y validez, en tanto no existió vicio en el consentimiento, ni se ocultó información antes de la firma o al momento de la afiliación, ni hubo engaño o error provocado por los asesores comerciales de la AFP, quienes -dice- estaban debidamente capacitados y contaban con *lealtad moral* suficiente para asesorar a los potenciales clientes, al punto de efectuar proyecciones pensionales, las cuales son meramente estimativas, pues era imposible determinar con exactitud la eventual mesada

pensional con la información con que se contaba para la época. Agregó que el demandante era responsable de informarse en debida forma, como lo dispone la Ley 1328 de 2009. Y, en todo caso, se evidencia su conocimiento del RAIS al haber efectuado aportes voluntarios de 2002 a 2020, sin que la variación en el monto de la mesada pensional pueda usarse ahora como razón de vicio de su consentimiento. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *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, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS* (ver contestación en los folios 209 a 221).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de junio de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que realizó el demandante, señor JUAN CARLOS RODRÍGUEZ URREA, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó en su momento ante la AFP HORIZONTE S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 1º de enero de 1998. En consecuencia, se DECLARA válida su afiliación en el Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con el reconocimiento de los rendimientos financieros, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado y a aceptar los valores*

que le sean remitidos por parte de PROTECCIÓN S.A., en los términos indicados en el numeral segundo de la decisión. CUARTO: Sin COSTAS en el presente proceso. QUINTO. Ordeno remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme se dispuso en la parte motiva de la decisión” (Audiencia virtual del 10 de junio de 2021 – CD 3 archivo “AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2019-731-20210610_161242-Grabación de la reunión.mp4” Min. 31:13).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, el Juez consideró que si bien obra el formulario de afiliación, éste resulta insuficiente para brindar certeza sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP. Igualmente, afirmó que si bien resultan relevantes los actos adicionales que efectúe el afiliado y puedan dar cuenta de su conocimiento de las condiciones del traslado, así como sus condiciones personales y profesionales, en el presente caso si bien el demandante es un profesional de la salud que tuvo conocimiento de la Ley 100 de 1993, éste se limitó al área de riesgos profesionales, no así a los pensionales, por lo que no se acreditó que comprendiera los efectos del traslado entre regímenes pensionales. En el mismo sentido, sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por el demandante, consideró que no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS. Consideró que por no ser ninguna de las AFP demandadas la responsable del traslado declarado ineficaz, no

habría lugar a condenar a devolver los gastos descontados por concepto de administración, así como tampoco al pago de costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de la parte demandante pide que se revoque parcialmente la sentencia, en cuanto absolvió a PROTECCIÓN S.A. de la devolución de los gastos de administración, seguros y demás emolumentos, como quiera que así fue solicitado en la demanda y de manera reiterada la Corte Suprema ha considerado que ello procede en virtud de la declaratoria de ineficacia contenida en la sentencia (Audiencia virtual del 10 de junio de 2021 – CD 3 archivo “*AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2019-731-20210610_161242-Grabación de la reunión.mp4*” Min. 37:37).

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a las demandadas. Afirmó que dentro del expediente no obra prueba que demuestre la existencia de un vicio en el consentimiento del demandante al momento de efectuar el traslado de Régimen Pensional, así como tampoco se evidenció en el interrogatorio de parte rendido que, por el contrario, demostró que tenía conocimiento del RAIS, al punto que realizó aportes voluntarios, característica exclusiva de dicho régimen. Agregó que no es excusa una política personal del demandante de no ver noticias, para justificar no haber retornado al RPM, si esa era su voluntad, pues, resalta, el desconocimiento de la Ley no es excusa. Así mismo, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el artículo 13 literal *b* de la Ley 100 de 1993. Concluyó su intervención haciendo alusión a la necesidad de aplicar el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones. En caso de confirmar la decisión, solicitó se confirme la absolución de costas y se acceda a la devolución de gastos de administración (Audiencia virtual del 10 de junio de 2021 – CD 3 archivo “*AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2019-731-20210610_161242-Grabación de la reunión.mp4*” Min. 40:43).

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 cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que el demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 37 años de edad y había cotizado 222,71 semanas¹; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año 8 meses y 29 días); y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión de vejez (tenía 58 años – ver folios 17 y 39).

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 ^{2 3}, según

¹ Historia laboral expedida por COLPENSIONES (folios 35 a 37 y en el CD 1).

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

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

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

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

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

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 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) 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 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*” (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 ineficaz el traslado de régimen pensional del demandante, pues la AFP PORVENIR S.A., antes HORIZONTE S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues, 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*”. Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió el demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que el asesor de la AFP se limitó a señalar en una reunión grupal de menos de 10 minutos que el ISS se acabaría por lo que debía trasladarse a dicha AFP, en la que además podría recibir una mesada igual o mejor que en el ISS y de forma anticipada. Así mismo, tampoco confesó haber recibido asesoría adicional al momento del traslado horizontal efectuado a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Audiencia

virtual del 10 de junio de 2021 – CD 3 archivo “AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2019-731-20210610_084350-Grabación de la reunión.mp4” Min. 41:15).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un “*saneamiento*” la ratificación del acto inicial por el paso del tiempo, o por el posterior traslado entre fondos pensionales: la afiliación inicial del demandante al RAIS operó con el traslado de régimen en enero de 1998 a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. y, posteriormente, se trasladó en marzo de 2000 a PROTECCIÓN S.A, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado (ver formularios de afiliación a folios 25, 232 vto. y 233 y en el CD 2).

Frente al recurso de apelación parcial interpuesto por la parte demandante y conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, se adicionará la decisión de primera instancia para disponer que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. procedan a la devolución de la totalidad de lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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).

Así mismo, en consulta se adicionará 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

EXP. 37 2019 00731 01

Juan Carlos Rodríguez Urrea Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.

dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

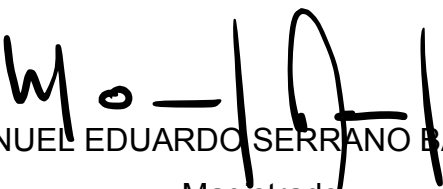
Sin costas en la apelación.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES los valores descontados de los aportes efectuados por el demandante a título de gastos de administración y seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades; y para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ALBERTO BERNAL ZAMBRANO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 15 de junio de 2021 por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Juanita Alexandra Silva Téllez, apoderada judicial de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A., identificada con T.P. 334.300, para actuar como apoderada judicial de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido en la escritura pública No. 788 de 5 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ALBERTO BERNAL ZAMBRANO presentó demanda contra la 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 RPM al RAIS ocurrido el 9 de mayo de 2000, con fundamento en que no se le brindó información completa y comprensible sobre las consecuencias del traslado, omitiendo información sobre los riesgos que debería asumir y sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como tampoco le informó acerca de la posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir 52 años de edad. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar los aportes cotizados en el RAIS con destino a COLPENSIONES, y se le ordene a esta última entidad que acepte dichos aportes y lo acepte como su afiliado sin solución de continuidad (ver demanda en archivo 01 folios 3 a 12 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado que realizó el demandante se efectuó de forma libre, espontánea y voluntaria, y de haberse presentado algún engaño u omisión por parte del fondo privado, ello debe ser demostrado en este proceso. Además, señaló que la parte demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 para trasladarse entre regímenes pensionales, y no se puede entender que para el momento del traslado tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional, pues no acreditaba 40 años de edad ni 15 años de servicios para el 1° de abril de 1994. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación en carpeta 02 archivo 02 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que otorgó información suficiente y necesaria para que el demandante tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera libre, voluntaria e informada, conforme los requisitos y características vigentes para la época, y advirtió que la obligación de las administradoras de brindar asesoría e información sobre las consecuencias del traslado de régimen con las características referidas en la demanda, surgió con el Decreto 2071 de 2015, que modificó el Decreto 2555 de 2010. Adicionalmente, la ingnorancia de la Ley no genera vicio en el consentimiento, pues allí se encuentran plasmadas las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen. Agregó que entre el 6 y el 8 de mayo de 2015, informó al demandante que próximamente estaría incurso en prohibición contenida en el artículo 13 literal e de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún momento este hubiera manifestado su voluntad de retornar al RPM. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *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 carpeta 04 archivo 02 del expediente digital).

Termino la primera instancia con sentencia de 15 de junio de 2021, mediante la cual la Juez Treinta y Nueve (39) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor ALBERTO BERNAL ZAMBRANO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR y con efectividad a partir del 1 de julio del 2000, es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los valores*

correspondientes a rendimientos y comisiones por administración que recibió durante el tiempo que ha estado afiliado. Estas comisiones deberán ser pagadas de manera indexada, sin que le sea dable realizar descuento alguno por dineros que haya pagados por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima. Todo debe remitirlo a COLPENSIONES, que es la entidad que maneja el régimen de prima media. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y reactive la afiliación del actor al régimen de prima media sin solución de continuidad. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que tiene las acciones civiles correspondientes para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar al momento de reconocer la pensión del señor ALBERTO BERNAL ZAMBRANO y en contra de PORVENIR, por haber sido la causante de la causal de ineficacia. SEXTO: CONDENAR en costas a PORVENIR, dentro de las cuales se debe incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000. SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a COLPENSIONES, en la medida en que tiene que recibir dineros y reactivar la afiliación del demandante” (Audiencia virtual del 15 de junio de 2021 Hora 1:00:05 del expediente digital).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que las pruebas aportadas al proceso no permiten establecer que para el momento del traslado de régimen el fondo privado hubiese puesto de presente las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, advirtiéndole que para demostrar un consentimiento informado no es suficiente la suscripción del formulario de afiliación, así como tampoco se ratificó ésta por el paso del tiempo. Agregó que no se desprende confesión alguna del interrogatorio de parte al demandante, ni se acreditó la entrega de la comunicación previa al cumplimiento de los 52 años de edad y que éste se hubiera reusado a acudir a ser debidamente asesorado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso a fin de que se revoque la condena en su integridad, y de forma subsidiaria, se revoque la condena a devolver la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual y a pagar costas y agencias en derecho. Sobre la ineficacia del traslado aduce que no se demostró que se haya presentado costreñimiento en la voluntad de la afiliada en los términos establecidos en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para conseguir su vinculación al RAIS, lo cual no se puede entender demostrado con el posible incumplimiento del deber de información en cabeza de los fondos privados, máxime cuando se trata de un profesional en en el área financiera que tiene acceso a ese tipo de conocimientos, pero de todas formas, advirtió que con el interrogatorio de parte rendido por el demandante se demostró que el fondo demandado cumplió con el deber de información en los términos definidos en las normas vigentes para la época del traslado de régimen pensional, así como su acceso al correo electrónico al que se envió la citación a la asesoría previo a encontrarse a menos de 10 años de alcanzar la edad pensional. Además, afirma que no es posible devolver la totalidad de los aportes, aparte de los saldos de la cuenta de ahorro individual, en los términos definidos en la sentencia de primera instancia, pues se ha descontado un 3% para las coberturas de los riesgos de invalidez y muerte, cuyos riesgos fueron cubiertos durante la afiliación, y los gastos de administración, que permitieron generar rendimientos sobre los aportes pensionales, pues la consecuencia coherente con la ineficacia declarada, sería la devolución de éstos al fondo privado (Audiencia virtual del 15 de junio de 2021 Hora 1:01:51 del expediente digital).

En el recurso de COLPENSIONES su apoderado pide que se revoque el fallo en su integridad, toda vez que no existen elementos que demuestren la existencia de vicios en el consentimiento, ni se probó que el fondo privado le hubiese suministrado información falaz al demandante. Afirma que no se presentó un error de hecho sino de derecho, que se subsanó con el paso de tiempo dada la vocación del demandante de permanecer afiliado en el RAIS,

y advirtió que el actor negligente en hacer uso de la posibilidad de trasladarse de régimen pensional. Además, manifestó que la demandante incumplió su obligación de informarse adecuadamente sobre las condiciones del Sistema General de Pensiones, y emplear la adecuada atención y cuidado en el momento de tomar decisiones sobre su futuro pensional. Por último, señaló que se debe primar el interés general sobre el particular, ya que en el presente caso se está afectando el patrimonio público en favor de una persona que sólo efectuó cotizaciones de manera individual (Audiencia virtual del 15 de junio de 2021 Hora 1:13:49 del expediente digital).

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 976,57 semanas¹; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años 10 meses y 3 días)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver archivo 01 folios 14 y 70 del expediente digital).

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

¹ Ver historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES, carpeta 02 archivo 05 del expediente digital.

² *Ibidem*.

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^{3 4}, según el cual se debe 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 información 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,*

³ 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”.

⁴ 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”*.

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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) que 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 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” (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 la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* al demandante 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 solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues 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”*. Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió el demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que el asesor de la AFP se limitó a señalar que el ISS se acabaría, por lo que podrían perder las semanas cotizadas, de las cuales se haría cargo PORVENIR si se trasladaba (Audiencia virtual del 15 de junio de 2021 Min. 10:54 del expediente digital).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la permanencia del actor en el RAIS.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, para lo cual se sigue también el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y 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).

Por lo mismo, dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia.

Igualmente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que dispuso que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan 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 incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

DECISIÓN

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

⁵ “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”.

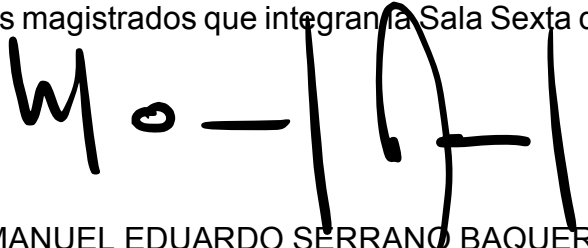
EXP. 39 2019 00774 01

Alberto Bernal Zambrano Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

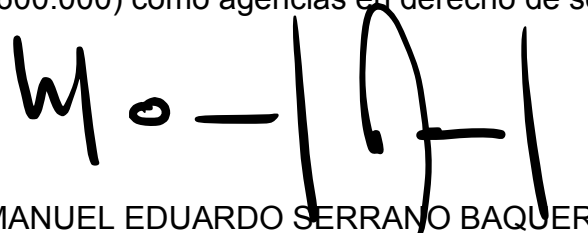


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado