

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS ERNESTO RIAÑO HERNÁNDEZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre 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 23 de septiembre de 2021 por la Juez Primera (1ª) Transitoria 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 los doctores Johana Alexandra Duarte Herrera, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., y Nicolás Eduardo Ramos Ramos, quienes se identifican con T.P. 184.941 y 365.094, para actuar como apoderados principal y sustituto de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS ERNESTO RIAÑO HERNÁNDEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* o, en subsidio, la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en enero del 2000, así como los demás traslados ocurridos al interior de este último, con fundamento en que se configuró un vicio en el consentimiento por error de hecho, al no haber sido asesorado de forma clara, completa, comprensible y suficiente sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen, los riesgos, las características, la naturaleza propia de cada uno ni los diferentes escenarios comparativos, la forma de financiación en el RAIS, la posibilidad de regresar al RPM ni le sugirieron que le convenía más quedarse en este régimen. Agregó que cotizó “1584” semanas antes de su traslado y es beneficiario del régimen de transición, conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y para la fecha de la demanda acredita más de “1.034 semanas válidamente cotizadas”. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare válidamente afiliado a COLPENSIONES y que se trasladen a dicha entidad la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos e intereses. Así mismo, que se ordene a la administradora del RPM reconocerle la pensión de vejez en aplicación del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, con el pago del retroactivo correspondiente e intereses moratorios (ver demanda en archivo 01 folios 6 a 104).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no obra prueba sobre la falta al deber de información por parte de la AFP o de la existencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Afirma que el demandante se afilió de forma libre, voluntaria, sin constreñimiento o presión indebida, y advirtió que no se cumplen los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010

para trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Adicionalmente, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no el actor cumplía los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición al no contar con los 15 años o más de servicios cotizados. Propuso como 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 administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 294 a 339).

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, bajo el argumento de que el acto es válido y se encuentra exento de vicios de consentimiento, dado que la AFP le brindó al demandante información honesta, objetiva, clara y responsable con relación al sistema de pensiones, para que tomara la decisión de forma libre, espontánea y sin presiones, conforme el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Afirma que al momento de su vinculación se le informó claramente sobre el Sistema General de Pensiones, los diferentes regímenes, sus ventajas, desventajas y sobre las diferencias o aspectos en común entre *“Cuenta de ahorro individual vs fondo común, capital acumulado vs requisitos de edad y semanas de cotización, garantía de pensión mínima en el RAIS, y devolución de saldos vs indemnización sustitutiva”*. Señala que el demandante no hizo uso del derecho de retracto de la afiliación, sino que ratificó su decisión con los múltiples traslados que efectuó dentro del RAIS. Así mismo, manifestó que la AFP no está obligada a devolver el valor del seguro previsional, por lo que estos valores fueron descontados y pagados a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 358 a 382).

Igualmente, 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, por cuanto el demandante no allegó prueba sobre las razones que sustentan el vicio en el consentimiento al momento de la materialización del acto jurídico de traslado. Afirma que la AFP cumplió con el deber de información exigible para la fecha en que se materializó el traslado horizontal, por lo que el demandante tomó la decisión de forma consciente, espontánea y sin presiones. Advierte que el actor renunció al RPM con su vinculación al RAIS, por lo cual no tiene derecho al pago retroactivo de su pensión de vejez y que, al verificar su historia laboral, no contaba con las 750 semanas cotizadas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en la sentencia SU 062 DE 2010. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en archivo 01 folios 458 a 489).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de septiembre de 2021, mediante la cual la Juez Primera (1ª) Transitorio 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 que realizó (sic) el señor LUIS ERNESTO RIAÑO HERNÁNDEZ, identificado con C.C. N. 19.243.782, del régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado a través de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN, el día 26 de julio de 1999 y, por ende, aquel traslado horizontal realizado a PORVENIR el 14 de marzo de 2012, conforme se expuso. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante LUIS ERNESTO RIAÑO HERNÁNDEZ, identificado con C.C. No. 19.243.782, al régimen de Prima Media administrado hoy por Colpensiones, como si nunca se hubiese trasladado, de conformidad con lo expuesto precedentemente. TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR*

a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor LUIS ERNESTO RIAÑO HERNÁNDEZ, identificado con C.C. No. 19.243.782, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración, rubros que una vez recibidos por COLPENSIONES, esta entidad de manera inmediata deberá proceder a estudiar acerca del estudio (sic) o acerca de la procedencia, procedencia o no (sic) de la pensión de vejez a favor del aquí demandante, teniendo en cuenta para ese estudio lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y consecuentemente lo enunciado en el Acuerdo 049 de 1990 o, en su defecto, por lo establecido en caso de no tener derecho al régimen de transición o haber perdido las prerrogativas del mismo, a lo enunciado en la Ley 100 de 1993 en su artículo 33 o, modificado por la Ley 797 de 2003, y teniendo para su liquidación en cuenta para su liquidación del ingreso base de liquidación (sic) lo determinado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, mientras que para la tasa de reemplazo se deberá sujetar a lo dispuesto en el régimen anterior al cual se encontraba afiliado, si aún goza de las prerrogativas del régimen de transición o, en su defecto, por lo estipulado en el artículo 34, si el beneficio pensional se reconoce de conformidad con lo estipulado en la Ley 100 de 1993, conforme se expuso. 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 las COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN y a favor de la demandante, del demandante (sic). Se fija la suma de \$500.000 como agencias en derecho. OCTAVO: En caso de no ser objeto de apelación, del recurso de apelación la presente decisión (sic), remítase el expediente al honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES (Audiencia virtual del 23 de septiembre de 2021 – archivo 14 Min. 31:38).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN no demostró su obligación de informar clara, completa y comprensible sobre las implicaciones del cambio de régimen, lo

que da lugar a que se retrotraigan las cosas y se declare la ineficacia de dicha vinculación. Negó condena al pago de la pensión de vejez, pues ello procede cuando se tenga una historia consolidada del demandante y su IBC para determinar la cuantía, previa verificación de si es beneficiario del régimen de transición o si perdió tales prerrogativas.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderada solicita que se revoque la sentencia en su integridad, dado que el demandante tomo la decisión libre y voluntaria de afiliarse, pues la AFP cumplió el deber de información que se exigía para la época en la que se llevó acabo el traslado, para la cual no se exigía documentar la información que se le brindaba a los afiliados y, en consecuencia, no es dable exigir un imposible jurídico y material a la entidad, como lo es aportar dicha documental para demostrar el cumplimiento de formalidades que se surgieron con posterioridad. Respecto de las condenas de retornar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual, los gastos de administración y los rendimientos, advierte que estos dineros ya cumplieron con su finalidad de incrementar y financiar las prestaciones económicas, de modo que el devolver dichas sumas daría lugar a un detrimento patrimonial en la AFP y se daría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, máxime cuando lo declarado corresponde a una ineficacia (Audiencia virtual del 23 de septiembre de 2021 – archivo 14 Min. 35:56)¹.

¹ “Si, si señora, gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación a la sentencia acabada proferir por su despacho el cual sustentó en los siguientes términos. Lo primero es indicar que al momento en que el demandante tomó la decisión libre y voluntaria de afiliarse ante PORVENIR, mi representada cumplió a cabalidad con el deber de información que le era exigido a las AFP para aquel momento en el año 2012, téngase en cuenta, señores magistrados que mi representada no fue el fondo por medio del cual el actor realizó su primer traslado o el traslado inicial de régimen pensional y ese lo realizó con PROTECCIÓN S.A., entonces se debe decir que en el ordenamiento jurídico no se exigía documentar la naturaleza de la información que se le estaba brindando a los afiliados, simplemente bastaba con la suscripción del formulario afiliación conforme así lo establecía el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y demás normas concordantes. En consecuencia se estaría sometiendo a un imposible jurídico y material a mi representada si se pretende que demuestre el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes al momento de la afiliación del demandante y pues al momento del traslado mi representada como ya se dijo no lo realizó, ya que estos, esto, esas exigencias nacieron con mucha posterioridad a la vida jurídica, inicialmente por desarrollo jurisprudencial de la sala de casación

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia emitida en primera instancia. Argumenta que no existe prueba sobre la presencia de un vicio de consentimiento en el expediente y que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Así mismo, manifiesta que el deber de información se materializó conforme a los precedentes de la Corte Suprema de Justicia y las normas vigentes al momento del traslado, con el consentimiento libre, voluntario y sin presiones del demandante, como lo afirmó en el formulario de afiliación, y advirtió que el imponer cargas adicionales a las vigentes al momento del traslado constituye una situación imposible que quebranta la seguridad jurídica (Audiencia virtual del 23 de septiembre de 2021 – archivo 14 Min. 39:40)².

laboral de la Corte Suprema de Justicia y más adelante por varias normas legales y reglamentarias que en todo caso no tienen naturaleza retroactiva, también debe decirse señores magistrados que nos encontramos frente una persona que goza de plena capacidad en los términos del artículo 1502 del Código Civil y que por disposición legal, la libertad de elección de régimen pensional están cabeza del afiliado. Ahora bien en cuanto a la condena de retornar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los gastos de administración, rendimientos debe decirse señores magistrados que estos gastos de administración son los rubros que se utilizan, que nacieron a la vida jurídica para retribuir la gestión de administración de los fondos, por lo tanto, mi representada ya utilizó estos dineros para incrementar el bien que estaba administrando y por lo tanto, no es dable que se solicite entonces, que se ordene por medio de sentencia judicial retornar a COLPENSIONES estos valores. Ahora bien, tampoco es, los gastos de administración hacen parte de estos, de esta parte de la cotización que se utiliza para financiar las prestaciones económicas de los, de los afiliados y como si fuera poco también debe decirse que estos gastos de administración también surgen el régimen de prima media, entonces en cuanto a devolverle estos gastos de administración a COLPENSIONES que desde hace más de 20 años no realiza ninguna gestión de administración de los aportes del actor ,equivaldría entonces a decir que existe un enriquecimiento sin causa favor de COLPENSIONES y un detrimento patrimonial a cargo de mi representada y más si se tiene en cuenta que se declaró la ineficacia de la afiliación, al declararse la ineficacia de las afiliaciones equivale a retrotraer todo como si nunca hubiera pasado la afiliación, esto equivaldría a decir que mi representada nunca administro los aportes del hoy demandante, por tanto tampoco nunca surgieron a la vida jurídica los rendimientos que hoy la falladora está obligando a devolver...mi representada siempre actuó con buena fe, transparencia y rectitud declara la afiliación que realizó el aquí demandante para el año 2012 y que siempre la finalidad del sistema general de seguridad social en pensiones se cumplió a cabalidad ante cualquier contingencia de vejez, invalidez o muerte que pudiera, pues resultar. Conforme lo anterior señorita, dejo sustentado mí, mi recurso solicitando a los honorables magistrados que revoquen íntegramente la sentencia que está siendo apelada, muchas gracias.”

² “Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación ante el honorable Tribunal de Distrito Superior en su Sala Laboral para que revoque la sentencia emitida por parte del juzgador de instancia, mis razones y mis argumentos son los siguientes, es la prohibición legal al momento de la solicitud de retorno al régimen de prima media, que se hizo el 25 de septiembre de 2019, la demandante contaba con 65 años, encontrándose en una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Igualmente no se acreditó los vicios del consentimiento, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que estamos en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil. Igualmente honorable Tribunal en el presente proceso existe una ratificación expresa o tácita que saneó el presunto vicio del contrato conforme lo estipulado en el artículo 1754 al ejecutar

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento y eso que se tiene en cuenta que el demandante que durante todo este tiempo...diligenciamiento del formulario, cambio de régimen hasta la fecha de la presentación de la demanda ha consentido con los respectivos descuentos en concepto de seguridad social. Igualmente respecto del deber de información el precedente, la honorable Corte Suprema de justicia autoriza la norma como aplicación del deber de información es el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este se materializó a través de la ley 1748 de 2014 y con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre y voluntario, sin presiones e informado de asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto a las leyes que surgieron entre el año de 1993 y 2014 no exigía nada diferente a presentar documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica y basa las decisiones de los jueces en supuestos, en ese sentido su señoría y teniendo en cuenta que se condenó pues a mí entidad también solicito al honorable Tribunal que se revise todas las condenas impuestas por parte del juzgador en esta instancia, en ese sentido dejó sustentado mi recurso de apelación”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se trasladó al fondo privado de pensiones el demandante tenía 45 años de edad y había cotizado 887,43 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 14 años y 3 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido la edad de pensión (tenía 65 años de edad – ver archivo 01 folios 2 y 106).

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

³ Ver historia laboral de Colpensiones actualizada a 18 de octubre de 2019 en Expediente administrativo – carpeta “CD FL 350”.

⁴ *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^{5 6}, 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 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

⁵ Sentencia STL3382-2020 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”.*

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 COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., no probó haber 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, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”, la Corte estima necesario no solo que se de 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 contrario a ello, indicó que los asesores de COLMENA, en una reunión grupal, le informaron que *“COLPENSIONES”* iba a fracasar pues el gobierno no podía sostenerla, por lo que se tenía que trasladarse a los fondos privados, resaltó que no recibió una asesoría o información clara sobre el tema, sino que se trató más bien de la venta de un producto (Audiencia del 19 de octubre de 2020 – carpeta *“CD FL 343”* Min. 39:19).

En ninguno de los traslados reconoció haber recibido 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 *“saneamiento”* o *ratificación* de la afiliación la permanencia o los posteriores traslados del actor al interior del RAIS.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante, los cuales deben incluir los rendimientos, gastos de administración, comisiones y cualquier que se hubiera descontado de los aportes pensionales, 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).

Conociendo en consulta en 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 llegaren a causar en caso de 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 privados de pensiones.

En el mismo sentido, se confirmará la decisión que ordenó a COLPENSIONES estudiar la eventual prestación pensional del actor, según las normas que le sean aplicables, una vez PORVENIR S.A. efectúe la devolución de todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación.

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. 19 2019 00621 01

Luis Ernesto Riaño Hernández Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra

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 en el evento de asumir la obligación pensional a favor de la parte demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, conforme a la parte motiva.
2. **CONFIRMARLA** 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

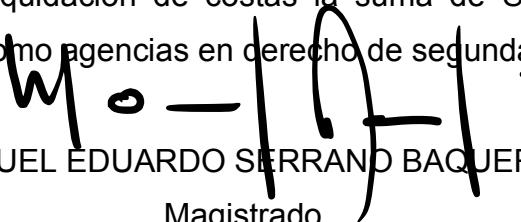
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE ANA MILENA TORRES MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.), LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre 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 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A, SKANDIA S.A y COLPENSIONES, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la última entidad, la sentencia dictada el 9 de agosto de 2021 por la Juez Veintidós (22) 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 Linda Vanessa Barreto Santa María, identificada con T.P. 280.300, 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 apoderado, ANA MILENA TORRES MARTINEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A), la SOCIEDAD 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 se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en el mes de marzo del año 1995, junto con todas las afiliaciones posteriores, con fundamento en que los asesores comerciales de la AFP PROTECCIÓN le informaron que el ISS tenía posibilidades de quebrar, que no iba a tener quien le respondiera por la pensión y que en dicho fondo se podría pensionar de forma anticipada, pero no le informaron sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía suscribir formulario de afiliación en el RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide que se le ordene a la AFP OLD MUTUAL (hoy SKANDIA S.A.) devolver con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y gastos de administración, entre otros valores, y se reconozca a su favor la pensión de vejez a partir del día siguiente de la última cotización efectuada (ver demanda en las páginas 131 a 167 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y SESANTIAS PROTECCIÓN S.A. mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, con fundamento en que la acción para reclamar la nulidad de su traslado al RAIS se encuentra prescrita, pues se propuso después de que transcurrieron más de 23 años desde dicha vinculación, y advirtió que durante su afiliación no hizo reclamaciones sobre los hechos expuestos en la demanda. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la*

nulidad alegada, prescripción y la genérica (ver contestación en folio 213 a 227 del expediente digital).

También contestó la demanda la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy SKANDIA S.A.), mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que a la demandante se le brindó toda la información pertinente para el momento en el que solicitó su afiliación en dicho fondo. Además, advirtió que la afiliación de la demandante en SKANDIA S.A. (antes OLD MUTUAL) fue consecuencia de un traslado horizontal entre fondos privados del RAIS y que la actora se encuentra inmersa en la prohibición señalada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 para trasladarse entre regímenes pensionales. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica* (ver contestación en folios 243 a 269 del expediente digital).

Por su parte, 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 no probó causal de nulidad alguna de su afiliación al RAIS, ni se demostró la falta de información sobre las consecuencias del traslado. Además, señaló 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 y no cumple los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010 para ordenar su retorno al RPM, por lo que de acceder a las pretensiones de la demanda ello conllevaría a la descapitalización de COLPENSIONES. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 321 a 375 del expediente digital).

Finalmente contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante al RAIS se efectuó de manera libre e informada, y advirtió que la afiliada es una persona con idoneidad académica para entender que estaba celebrando un acto jurídico, y tuvo la oportunidad de realizar preguntas sobre la materia y/o retornar en forma oportuna al RPM. Por último, advirtió que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación* y la *innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 461 a 449 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 9 de agosto de 2021, mediante la cual la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO. - DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por ANA MILENA TORRES MARTÍNEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad acaecido el 16 de marzo de 1995, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a OLD MUTUAL S.A, fondo en el que se encuentra afiliada la señora ANA MILENA TORRES MARTINEZ a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedaron explicado en esta providencia. TERCERO: ORDENAR a OLD MUTUAL S.A, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A a remitir a la ADMINISTRADORA**

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado precedentemente. CUARTO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A a la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una. SEXTO: en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones CONSÚLTESE, a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social” (audiencia virtual, hora 1, minuto 12:13).

Para tomar su decisión, la 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 PROTECCIÓN 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, y demostrar con ello que la afiliación operó bajo los parámetros del consentimiento informado.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN SA, PORVENIR SA, SKANDIA SA y COLPENSIONES.

El apoderado PROTECCIÓN SA pide que se revoque parcialmente la sentencia dictada en primera instancia en cuanto la condenó a devolver los gastos de administración que descontó durante la vinculación de la demandante, pues estima que como la afiliación a la AFP no pudo producir efectos jurídicos, no podría percibir lo que se pagó por las gestiones que tuvo que adelantar el fondo privado para incrementar su patrimonio, o en su defecto,

debería devolver los rendimientos que se generaron en virtud de dichos descuentos (audiencia virtual, hora 1, minuto 13:48)¹.

La apoderada de PORVENIR S.A. solicitó que se revoque parcialmente la decisión con fundamento en que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado la actora no tendría derecho a que se le retornen los rendimientos generados, o en atención al principio de igualdad no se deberían devolver los descuentos efectuados por concepto de gastos de administración y sumas aseguradoras (audiencia virtual, hora 1, minuto 15:50)².

¹ “Gracias señora juez me permito apelar de la sentencia que usted acaba de, que su despacho acaba de emitir en lo en la parte relativo a la necesidad de devolver los gatos de administración, el motivo de mi inconformidad con esta decisión radica en que la administradora actuando conforme lo autorizó la ley cien 100 de 1993 realizo una serie de gestiones tendientes a incrementar el patrimonio de la señora durante el periodo en que se encontró afiliada a ella, y que esa actividad fue lícita eh... no solo legal sino lícita en desarrollo de su objeto, por cuya razón tiene derecho a percibir oa que oa oa continuar oa no devolver lo relativo a lo que se ganó como contraprestación por el ejercicio de la actividad así desarrollada eh... se ha declarado la ineficacia del traslado de la señora lo que significa volver las cosas a el estado que anteriormente tenia, luego entonces en derecho si la señora se va a llevar su capital incrementado con los rendimientos pues razón a la actividad de la administradora lo justo es que esta se quede con los gastos de administración, está la administradora se quede con los gastos de la administración o si vamos a volver las cosas al estado anterior entonces ella se llevara el capital con sus gastos de administración pero no se llevaría los rendimientos para que las cosas quedaran en el estado eh... eh... digamos original en el estado de haber dejado sin efecto con esta sentencia, de manera que en esos términos dirijo mi ataque en ese aspecto relativo de la sentencia y solicito la concesión del recurso de apelación, muchas gracias”.

² “Gracias su señoría estando en esta oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación de manera parcial, en cuanto a la condena a mi representado devolver los conceptos de gatos de administración y también las sumas de la aseguradora eh.. Considera a mi representada que en virtud de la restituciones mutuas pues resulta contradictorio esta condena por cuando pues se declara eh... la ineficacia del traslado régimen pensional y por lo tanto al declararse esta ineficacia se pierde todos los efectos del traslado y por esa situación pues se condena a los a los fondos a devolver los conceptos de gastos y las de sumas de la aseguradora, sin embargo pues si fuera eh... dejar sin efectos el acto jurídico de traslado pues claramente la actora no tendría derecho a retornar con los rendimientos generados por las gestiones realizadas por cumplimiento eh... de un deber legal que le asiste a todas las administradoras que les asistió a mi presentada y por lo tanto pues considero que es contradictorio e injusto el trato diferenciado que le da a los conceptos que se le da a los conceptos productos de las afiliación de de el RAIS en el RAIS es decir pues lo rendimientos y pues los gastos el porcentaje de gastos de administración entonces eh... en ese caso pues estamos en una circunstancia claramente que desconoce la igualdad y los efectos de la declaración de ineficacia y adunado a ello pues debe tenerse en cuenta que el artículo veinte (20) de la ley cien (100) de mil novecientos noventa y tres (1993), pues establece cuales son los aportes y a que están destinados y en ese sentido si mi representada pues hizo alguna deducción por gastos de administración mi representada el entonces horizonte hizo alguna deducción por gastos de administración seguros de la asegurada o porcentaje para la garantía de presión mínima durante le tiempo de vinculación , es decir, dos mil uno (2001) dos mil cinco (2005) pues lo hizo amparada en la ley y cumplió con esos presupuestos legales y adicional

La apoderada de SKANDIA (antes OLD MUTUTAL) a través de su apoderada, también solicitó que se revoque parcialmente el fallo en lo referente a gastos de administración, con fundamento en que dichas sumas se descuentan por una imposición normativa y se generan por la contraprestación de los servicios ofrecidos por la administradora como complemento del contrato individual. Además, en la liquidación pensional no existiría ningún daño causado a COLPENSIONES, por lo tanto, considera injustificada la devolución de gastos de administración (audiencia virtual, hora 1, minuto 20:23)³.

pues que se hizo una correcta administración de los recursos de la demandante que pues ese se pudo ver reflejado en los rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual en el por el tiempo en que actora estuvo vinculada a al a horizonte y pues que dineros que también eh... fueron trasladados eh... por su trasla eh... su traslado posterior a a old mutual y también eh... debo manifestar que frente a las sumas de seguros de invalidez y sobrevivencia pues se tiene que la demandante tuvo cobertura durante su vinculación con con mi representado frente a esas contingencias y que esas sumas pues fueron trasladadas a las respectivas aseguradoras por lo que pues no no no deben retornar en este caso el régimen de prima media y además de que no va haber una cobertura de manera retroactiva y que esos conceptos pues no están destinados al financiamiento de la pensión, por lo que considero pues de que eh... esta no resul no no resulta viable en los efectos de de la ineficacia y que no tampoco es justa que los eh... fondos privados pues deben devolver esta esta estos conceptos cuando pues lo hacen por un eh... el recaudo pues fue por un deber legal que le asiste a todas las administradoras y también señores magistrados eh... como lo manifesté en mis alegatos de conclusión pues solicito que se tenga en cuenta que eh... pues aquí porvenir eh... pues no se la administradora que hizo el traslado horizontal sino fue la entonces horizonte es por eso que en estricto sentido la actora pues no tuvo ninguna vinculación con porvenir la realidad es que ella estuvo vinculada con horizonte y pues así porvenir uhm... tenga la carga actual pues de que de la administradora horizonte por la fision fusión realizada pues eh... nunca porvenir administro algún dinero de actor, es decir, nunca recibió o o administro los concep conceptos de gastos de administración eh... su vinculación con horizonte fue para el año dos mil cinco (2005) y la función entre los dos fondos pues se dio hasta el año dos mil trece 2013 por lo anterior pues les solicito señores magistrados eh... revocar esta esta condena y pues absolvernos por ende de la misma, muchas gracias”.

³ “Me gustaría solicitar eh... recurso, muchas gracias me gustaría solicitar recurso de apelación en lo referente al ítem específico gastos de administración, gracias. Teniendo en cuenta señores magistrados y su señoría que los gastos de administración son una imposición normativa que se surge desde el momento de nuestra creación en diciembre del noventa y tres (93) y que dichos gastos de administración se pueden entender incluso como una contraprestación a dos servicios distintos prestados y que la señora Ana Milena fue beneficiaria durante todo el tiempo de su afiliación esto es una póliza de riesgo invalidez y muerte y un porcentaje que se descuenta por eh... la administración de la cuenta de ahorro individual se establece claramente de forma tácita en la ley 100 del 93 que podrá descontarse dichos dineros directamente de la cuenta individual y pues así se hace teniendo en cuenta que se tiene que cumplir la normatividad establecida para el trato y manejo de los posibles clientes o clientes que ya estén bajo nuestra protección en este sentido pues nosotros únicamente nos eh... complemen eh... nos complementamos a cumplir la norma y bajo este precepto pues el retorno a los gatos de administración dineros que ya no se encuentran en la arcas de la AFP porque son pagados pues claramente a la entidad correspondiente que se encarga de los seguros de las pólizas y también pues a los correspondientes ingenieros que se encargan de hacer el mantenimiento de la cuenta de ahorro individual eh... nos tocaría entrar a tocar las arcas del fondo y bajo de este precepto no se justifica teniendo en cuenta como ya

Finalmente, la apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, con fundamento en que la demandante reconoció en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso, que se afilió al RAIS de manera voluntaria y que el motivo de la demanda obedece a condiciones económicas y no por haber sido inducida a engaño por las AFP al momento de su afiliación. Además, insiste en que no existe ningún vicio que se haya acreditado en el proceso por la parte actora (audiencia virtual, hora 1, minuto 24:32)⁴.

anteriormente está establecido la ley de la forma creadora del del del 1:21:52 RAIS uno (1) dos (2) eh... son unas contraprestaciones con servicios ofrecidos por parte de la compañía como complemento también del contratador individual y tres (3) que pues básicamente en el momento en que 1:22:07 se escucha entre cortado efectos como si estos nunca hubiesen sucedido y eso se dio a entender que hay dos (2) partes contractuales 1:22:15 otra vez se escucha entre cortado por parte de los honorables jurisprudentes y esto en es el sentido que no se esta teniendo en cuenta que pues para mi representada eh... la multiplicidad en días que se han venido presentando y la solicitud de la devolución de los gastos administración están efectuando están empezando a afectar seriamente, teniendo en cuenta en específico que si bien entiendo en los casos de administración es para proteger a Colpesiones en el momento en el que este se vea eh... obligado a de a liquidar la mesada pensional y pues pagarla de durante el resto de la debida demandante, es necesario entender que pues si la demandante no hubiese estado en el régimen de prima media ningún momento habría tenido rendimiento sobre el capital que ella pues ya tiene acumulado y en ese sentido los rendimientos pueden incluso entrar a cubrir eh... pues mucho más dinero que corresponde eh... a la mesada pensional y no estaría entrando en ninguna afectación pues Colpensiones al momento de hacer la liquidación de la mesada pensional teniendo en cuenta que los dineros recibidos por parte de golpe a por parte de Colpesiones provenientes de la señora Ana Milena van a ser utilizados única y exclusivamente en sus recursos es decir; en su liquidación pensional y no pues en ninguna otra entonces bajo este precepto no existiría ningún daño causado a Colpesiones y por ese sentido tampoco se vería justificado entonces la devolución de unos gastos de administración que son unas contraprestaciones que nosotros prestamos de unas obligaciones que tenemos que cumplir y básicamente se nos castiga por cumplir la lay y por eh... pues a simplemente haber administrado en debida forma eh... los recursos de la señora Ana Milena como dije anteriormente en el régimen de prima media estos rendimientos jamás hubiesen existido y por tanto entonces si se solicita la devolución de los gastos de administración más los rendimientos generando incluso una posible eh... un posible enriquecimiento injustificado por parte de eh... las cuentas de la señora Ana Milena que entrarían administrar Colpensiones, bajo este precepto su señoría, señores magistrados solicito se elimine el ítem de los gastos de administración y por favor se haga un estudio claro de hasta qué porcentaje la rentabilidades generadas por todos y todos los fondos donde estuvo la señora Ana Milena logran cubrir lo suficientemente los aportes para que Colpensiones no se vea afectado de forma alguna al momento de liquidar la mesa pensional, muchas gracias”.

⁴ “Gracias señora juez, me permito interponer muy respetuosamente recurso de apelación solicitando a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá sala laboral se sirvan revocar la sentencia proferida por el despacho atendiendo las siguientes consideraciones. Es claro que no es viable el traslado del régimen pensional del régimen de prima media al RAIS en la media que la actora se afilió voluntariamente a este último tanto así que manifestó en su interrogatorio de parte como bien se dijo en los alegatos de conclusión haberlo hecho toda vez que suscribió de manera libre y voluntaria el formulario, así por ello me aparto de la parte considerativa del fallo proferido destacando que la promotora del proceso adujo además que

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

recibió información tanto así que hizo aportes a pensiones voluntarias que se hizo una apreciación en el año dos mil cinco (2005) data para la cual aún era viable su traslado al régimen de prima media con prestación definida claro que con toda vez que contaba con cuarenta y cinco (45) años de edad que su única motivación para trasladarse corresponde a una situación meramente económica y que no deviene de un engaño como se manifestó en el escrito libelar, entonces sí bien la señora juez es su facho manifiesta que es obvio que se va a querer trasladar pues está viendo un detrimento un detrimento patrimonial eh... en lo que respecta a su mesada pensional pues entonces eh... ha debido guiarse la la demanda por ese sentido y no por el sentido del engaño toda vez que para aquella data no tenía ni siquiera eh... una expectativa legítima de pensión por lo que no había lugar hacerse una proyección pensional maxime cuando ella misma adujo en su interrogatorio de parte que nunca en ninguna oportunidad se acercó a Colpensiones a obtener alguna información respecto de su pensión lo que demuestra desde desdén y decidía en lo que respecta a su pensión, por lo anterior es claro que el acto jurídico concerniente en el traslado de régimen pensional goza de plena validez pues no se encuentra vicio alguno en el consentimiento expresamente manifestado por la actora, por ende, los contratos celebrados por las distintas AFP son válidos y no tienen por qué ser violados las almas civiles que rigen todo contrato únicamente porque la demandante se dio cuenta que pues ya se había reversa reversar esos efectos de su acto jurídico el cual pues reitera es plenamente válido, así mismo con la sentencia proferida es claro que se vulneran lo precentos los preceptos legales y jurisprudenciales pues atendiendo la fecha de nacimiento y la edad con la que contaba la actora para abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994) así como los tiempos cotizados para dicha data, es obvio que no es dable el traslado de la actora en cualquier tiempo al régimen de prima media administrado por la entidad que represento, pues reitera que no existe ningún vicio que se haya acreditado a lo largo del presente proceso. Por lo anterior solicito muy respetuosamente a los honorables magistrados se sirvan revocar la la sentencia proferida y en su lugar se absuelva a mi representada de todas las condenas, gracias”.

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 707.14 semanas⁵, 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 13 años, 6 meses y 5 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido el requisito de edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver páginas 5 y 169 del expediente digital).

⁵ Ver historia laboral aportada con el expediente administrativo.

⁶ Ibídem.

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{7 8}, según el 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,*

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

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

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

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: “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* 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 (16 de marzo 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 no encuentra que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante hubiera aceptado que se le brindó información a la afiliada en los términos establecidos por la Corte, pues indicó que se especulaba que el ISS iba a desaparecer y que el asesor de PROTECCIÓN S.A. no le informó sobre los requisitos para pensionarse (audiencia virtual, minuto 12:15)

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 *“saneamiento”* la permanencia de la actora en el RAIS o o por posteriores traslados entre fondos pensionales; la afiliación inicial operó el 16 de marzo de 1995 a la AFP PROTECCIÓN, después se trasladó a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR) el 6 de agosto del año 2001, y finalmene, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL, hoy SKANDIA, el 25 de noviembre de 2005, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada (ver páginas 7, 9, 229, 238 y 271 del expediente digital).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de OLD MUTUAL S.A. (hoy SKANDIA) la devolución de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de

administración, y a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver los dineros que recaudaron por conceptos de gastos de administración. Así 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).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

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 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., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.

DECISIÓN

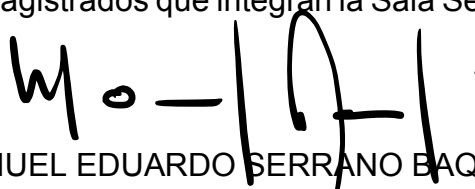
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y 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

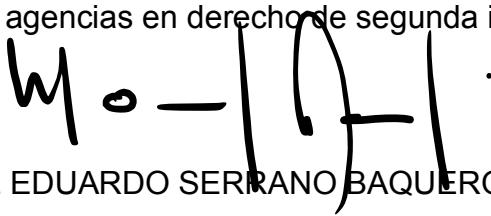
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISICENTOS MIL PESOS (\$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 JOSE RICARDO ÁVILA DÍAZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., veintinueve (29) días de octubre 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 parte demandante contra la sentencia dictada por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2021. En dicha sentencia se DECLARÓ PROBADA la excepción de cosa juzgada propuesta por la entidad demandada y se ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de reajustar una pensión de vejez reconocida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOSE RICARDO ÁVILA DÍAZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reajuste la pensión de vejez reconocida a su favor con los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta la totalidad de las semanas laboradas para la empresa SERVICIOS TECNICOINDUSTRIALES RBT LTDA entre los años 1996 y 2006, aplicando para el efecto la tasa de reemplazo y el IBL que le resulten más favorables a su situación.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que laboró para la empresa SERVICIOS TECNICOINDUSTRIALES RBT LTDA entre el 13 de noviembre de 1984 y el 31 de octubre de 2006, devengando un salario promedio de cinco SMLMV, y que dicho empleador pagó cumplidamente los aportes hasta el 31 de diciembre de 1994, pero a partir del 1° de enero de 1995 se evidenció el incumplimiento en el pago de las cotizaciones para pensión. Aduce que: (i) el ISS inició trámite de cobro persuasivo ante la empresa referida para obtener el pago de los aportes a pensión adeudados; (ii) que mediante sentencia judicial se reconoció a su favor el derecho pensional reclamado; (iii) que con posterioridad a que se proferiera la sentencia judicial el ISS declaró la terminación por pago total del proceso de cobro coactivo que adelantó en contra de la empresa SERVICIOS TECNICOINDUSTRIALES RBT LTDA; y (iv) que en la Resolución que emitió la entidad para dar cumplimiento al fallo judicial no se incluyeron la totalidad de semanas pagadas por la empresa. En consecuencia, pide que se incorporen en la historia laboral los ciclos de cotización adeudados por la empresa SERVICIOS TECNICOINDUSTRIALES RBT LTDA entre los años 1996 y 2006, y el pago de las diferencias pensionales que se generen a partir del 31 de agosto de 2010, junto con los intereses moratorios que se generen y la indexación de las sumas adeudadas (ver demanda en el CD 1, archivo No 1).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en COLPENSIONES reconoció el derecho pensional a favor del demandante en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá el 4 de septiembre de 2012, confirmado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 23 de enero de 2013, decisión que se encuentra ejecutoriada y que hizo tránsito a cosa juzgada. Sobre los hechos que fundamentan la acción aduce que no se encuentran probados tiempos a cargo de la EMPRESA DE SERVICIOS TECNICOINDUSTRIALES RBT LTDA que deban ser incluídos en la historia laboral del actor, pues si bien inició proceso de cobro ejecutivo en contra de

dicha empresa, el mandamiento de pago se libró respecto de los periodos comprendidos entre febrero de 1995 y junio de 1999 y no respecto de los periodos que se reclaman en la demanda, y tampoco se allegó prueba de vínculo laboral durante los extremos referidos por la parte actora. Propuso como excepción previa la de *cosa juzgada*, y como excepciones de mérito las siguientes: *incorrecta designación de la clase de proceso, inexistencia del derecho y de la obligación a la reliquidación de la pensión de vejez, improcedencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios, compensación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica* (ver contestación obrante en los CD's 2 y 3 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia proferida el 10 de junio de 2021, a través de la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá se DECLARÓ PROBADA la excepción de cosa juzgada propuesta por la entidad demandada, y ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de reajustar una pensión de vejez reconocida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas por el señor JOSÉ RICARDO ÁVILA DÍAZ conforme a lo expuesto en la parte considerativa. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada en los términos señalados anteriormente. TERCERO: CONDENAR en costas al señor demandante. CUARTO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia de no ser apelada por la parte demandante para que se revise la totalidad de la decisión teniendo en cuenta que es totalmente adversa a las pretensiones del afiliado”* (audiencia virtual No 4, minuto 16:41).

Para tomar la decisión, el Juez advirtió que el proceso que se tramitó ante el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral No. 02 2012 00130 estudió la petición de inclusión de tiempos en mora a cargo de la empresa SERVICIOS TECNICOINDUSTRIALES RBT

LTDA desde el año 1996 para efectos de reconocer la pensión de vejez, y concluyó que se trata de los mismos tiempos cuya inclusión reclama la demanda que dio inicio a este proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada del demandante pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia y se acceda a las pretensiones incoadas. Afirma que no se presente identidad de pretensiones entre los dos procesos, pues en la demanda tramitada en el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá se pidió el reconocimiento de la pensión de vejez, y en este proceso se está pidiendo la inclusión de los tiempos que pagó en su totalidad el empleador en el año 2014, los cuales no se ven reflejadas en la historia laboral del actor. Advirtió que si bien la entidad reajustó la mesada pensional teniendo en cuenta un total de 1115 semanas cotizadas, aún faltan por incluir 400 semanas conforme el pago efectuado por la empresa, situación que afecta el valor de la mesada pensional pues tiene derecho a que se le aplique una tasa de reemplazo del 90% y a que se tomen los salarios indexados durante dichos periodos, los cuales asciende aproximadamente a 5 SMLMV (audiencia virtual No 4, minuto 17:27)¹.

¹ “Gracias su señoría, me permito interponer el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal, fundamentando en lo siguiente, si bien es cierto el despacho acaba de manifestar que existe cosa juzgada, téngase en cuenta, para las pretensiones de esta demanda, téngase en cuenta que obviamente se dio la relación de los hechos y la identidad de las personas que existe y los hechos fueron determinados en la primera demanda que conoció el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, en dónde se solicitó fue el reconocimiento de la prestación teniendo en cuenta el régimen de transición del cual era beneficiario el señor José Ricardo Ávila, que como bien se dijo, lo dijo en el fallo, él era beneficiario de ese régimen conforme se les reconoció la pensión con él, de conformidad con el Acuerdo 049 del 90, en ese momento se le reconoció la pensión con 1046.43 semanas, téngase en cuenta poniendoun 75%. Si bien en el fallo dice incluidas las que se encuentran en mora conforme a la reclamación que se y el cobro coactivo que estaba adelantando el extinto instituto seguro social a la empresa TECNOINDUSTRIALES esas no son las pretensiones, no existe identidaden las pretensiones de esta demanda porque en esta demanda lo que se está solicitando es la inclusión del tiempo que pagó el técnico de la empresa TECNOINDUSTRIALES conforme al paz y salvo y a la, como al cierre de la cuenta de esa entidad con el extinto seguro social, es que con el oficio 284 del 27 de marzo del 2004, de 2014, perdón manifiesta que ya están al día. Existe una diferencia de semana que si bien en el 2019 se reliquidó con 1151 de diferencia del más o menos 40, de 400 semanas lo que le incluye, y le afecta en la tasa de reemplazo a un 90%. Cuando se da el fallo de primera instancia se dice incluida en el ... se

AUTO

Revisado el expediente, la magistrada MARLENY RUEDA OLARTE presenta impedimento para conocer el asunto por la causal que contempla el numeral 2° del artículo 141 del Código General del Proceso, pues participó en la Sala de decisión que dictó sentencia en el proceso ordinario laboral No. 02 2012 00130 01.

La Sala ACEPTA el impedimento presentado por la magistrada MARLENY RUEDA OLARTE, pues en este expediente se estudian hechos que fueron expuestos en la controversia anterior, esto es, la inclusión para efectos pensionales a favor del demandante de los periodos en mora a cargo del empleador SERVICIOS TECNICOINDUSTRIALES RBT LTDA entre el 1° de enero de 1995 y el 31 de octubre de 2006.

CÚMPLASE.

encuentra en mora, es algo ambiguo, es algo que en ningún momento se determinó y solamente se le reconoció con las semanas que estaban cotizadas en su momento, haciendo gravosa la situación del señor teniendo en cuenta que el porcentaje para reconocimiento de la pensión varía de un 81 a un 9%, a un 90% son nueve puntos, que eso se ve reflejado en el valor de la mesada pensional y adicionalmente cómo se dijo en la demanda que conoce su Despacho el señor ganaba alrededor de 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cosa que no se tuvo en cuenta al momento de liquidarle y reliquidar la prestación manteniéndole, no le hicieron ni la actualización de ese dinero a la fecha del reconocimiento pensional. De esa manera su señoría tenemos que tener en claro y se le manifiesta al Tribunal que son dos situaciones jurídicas totalmente diferentes. Si bien es cierto como se dijo en momentos anteriores, hay un reconocimiento pensional no se incluyeron todas las semanas y en el fallo no quedó especificado qué número de semanas, que son vitales y sus diferenciales para la tasa de reemplazo de la prestación que en este momento se pide, obviamente, en los, en los hechos cómo vuelvo y lo digo, pues se tenía que manifestar que el señor tenía una deuda o la empresa para la cual el trabajo tenía una deuda en los aportes, pero no queriendo decir esto que estamos tratando el mismo tema, acá lo que se está buscando es la inclusión de esta semana, que no fue, fueron pagadas de conformidad como lo manifestó el seguro social la historia laboral que esta es la hora, que no se ven reflejadas, pero ellos sí manifestaron que hay una totalidad de pago y pues que no fueron tenidas en cuenta para la reliquidación de esta pensión, como quiera el objeto de esta controversia, en ese orden de ideas, solicito que al honorable Tribunal se reconsidere las exposiciones y, que he hecho con en esta apelación y los fundamentos de esta demanda para que despache favorablemente nuestras pretensiones, muchas gracias”.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No son objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para resolver la instancia: (i) que mediante la Resolución GNR 115363 de 1° de abril de 2014, modificada por la Resolución SUB 21577 de 24 de enero de 2019, COLPENSIONES reconoció una pensión de vejez a favor del demandante a partir del 31 de agosto de 2010, en cuantía inicial de \$641.138, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, en cumplimiento del fallo judicial proferido dentro del proceso ordinario laboral No. 02 2012 00130 el 4 de septiembre de 2012 en el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá, confirmado mediante sentencia de 23 de enero de 2013 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá; y, (ii) que a través de la Resolución 28 de 27 de marzo de 2014, la DIRECCIÓN JURÍDICA NACIONAL DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, hoy COLPENSIONES, dispuso la terminación del proceso de cobro coactivo No. 1928 que se adelantó en contra de la empresa SERVICIOS TECNOINDUSTRIALES RBT LTDA por el pago de la suma de \$145.648.407 por aportes no cancelados (ver Resoluciones obrantes en el expediente administrativo aportado por la entidad – CD 2).

La prestación del demandante se liquidó teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en toda la vida laboral, equivalente a 1110 semanas cotizadas, de las cuales se obtuvo la suma para el año 2010 de \$791.529, a la que se le aplicó una tasa de remplazo del 81%.

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. 02 2012 00130 00 promovido por JOSE RICARDO DÍAZ ÁVILA contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y en dado caso, si procede el reajuste de la mesada pensional a cargo de COLPENSIONES con la inclusión de las semanas comprendidas entre el 1° de enero de 1995 y el 31 de octubre de 2006, las cuales se aducen pagadas de forma extemporánea por la empresa SERVICIOS TECNOINDUSTRIALES RBT LTDA en virtud del proceso del cobro coactivo No. 1928.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 303 CGP asigna el efecto de COSA JUZGADA a las decisiones que han definido previamente un litigio, cuando en ellas se estudió el mismo objeto, por los mismos hechos, y existe identidad jurídica entre las partes.

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/o 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. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado, sobre la identidad en el núcleo de la causa, que para el efecto señalado ocurra, “*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 Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá el 4 de septiembre de 2012, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 23 de enero de 2013, dentro del proceso con radicado 00 2012 00130 01 promovido por JOSE RICARDO ÁVILA DÍAZ contra el ISS, hoy COLPENSIONES (los audios de ambas audiencias fueron aportadas al proceso por requerimiento del *a-quo*), y el presente proceso, pues en ambos se expusieron pretensiones y hechos orientados a la inclusión, para efectos pensionales, de la totalidad de los tiempos que se aducen laborados por el demandante para la empresa SERVICIO TÉCNICO INDUSTRIALES RBT LTDA entre el 13 de noviembre de 1984 y el 31 de octubre de 2006, hay además identidad de las partes, y no se presentaron nuevos hechos o situaciones que tengan entidad suficiente para entender que la controversia no fue resuelta con anterioridad.

Si bien en el primer proceso se reclamó el *reconocimiento* de la pensión de vejez a favor del actor con base en el Acuerdo 049 de 1990 y la inclusión de los tiempos referidos, y en este proceso se pretende el *reajuste* del valor de la mesada, ambas situaciones obedecen al mismo supuesto fáctico ya resuelto (la inclusión de tiempos en mora del mismo empleador). La Juez Segunda (2°) Laboral del Circuito de Bogotá en su sentencia resolvió todas las materias referidas, así: (i) sobre la inclusión de los tiempos reclamados en la demanda a cargo del empleador SERVICIO TÉCNICO INDUSTRIALES RBT LTDA evidenció mora por parte de la empresa en el pago de los ciclos de cotización comprendidos entre el mes de diciembre de 1996 y el mes de septiembre de 1999, conforme la información reportada en la historia laboral del demandante y el acuerdo de pago suscrito entre la empresa y el ISS para la cancelación de dichos aportes; (ii) sobre el derecho pensional advirtió que en la historia laboral se reportaban 1046.43 semanas cotizadas en toda la vida, por lo que teniendo

en cuenta dichas semanas junto con las que encontró en mora y en trámite de cobro a cargo de la empresa SERVICIO TÉCNICO INDUSTRIALES RBT LTDA se cumplían los presupuestos establecidos para acceder al derecho pensional al amparo del régimen establecido en el Acuerdo 049 de 1990; y, (iii) sobre el valor o cuantía de la mesada pensional señaló en la parte motiva de la sentencia, que la prestación se debe definir *“teniendo en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, incluidas las que se encuentran en mora y sobre las que obra acuerdo de pago entre el ISS y el empleador”*.

Así las cosas, cualquier controversia que se llegue a presentar sobre el pago del derecho pensional bajo los parámetros definidos en el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá deberá tramitarse ante el mismo funcionario que dictó la sentencia, bajo las ritualidades de un proceso ejecutivo laboral.

No se aportaron a este expediente pruebas que permitan incluir periodos de cotización distintos a los que ya definió clara y expresamente la sentencia transcrita.

Se debe advertir que 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 por ello la decisión que niegue su reconocimiento o reliquidación permite el reclamo posterior siempre y cuando ocurran hechos o circunstancias sobrevinientes que no fueron considerados, tales como el pago de aportes extemporáneo mediante cálculo actuarial, o el cobro coactivo por aportes en mora, o una corrección o actualización posterior del historial de cotizaciones del afiliado, lo no ocurrió en el caso bajo estudio.

No se puede entender tal situación del contenido de la Resolución 284 de 27 de marzo de 2014, emitida por el ISS en Liquidación, a través de la cual se declaró la terminación del proceso de cobro coactivo No 1928 que se adelantó en contra de la empresa SERVICIOS TECNOELECTROINDUSTRIALES RBT LTDA, pues en dicho proceso se libró mandamiento de pago en la suma de

\$145.648.407, por los periodos de aportes comprendidos entre febrero de 1995 y julio de 1999 y en la documentación aportada nada se dice sobre el pago de aportes en mora a favor del aquí demandante con posterioridad a dicha data.

Tampoco se aportaron pruebas idóneas para computar semanas adicionales a las definidas por la Juez (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá (entre el mes de diciembre de 1996 y el mes de septiembre de 1999), pues para poder derivar omisiones de los empleadores en el pago los aportes se deben aportar pruebas de las cuales se pueda concluir la existencia de vínculo laboral durante los lapsos que se reclaman y, ante una eventual omisión en la afiliación, se debía vincular al proceso a dicho empleador para deducir las obligaciones que se pudieran encontrar a su cargo. Sobre la materia se debe recordar el criterio establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, según el cual, para el reconocimiento de pensiones se deben tener en cuenta los periodos durante los cuales exista (i) vínculo laboral, (ii) mora del empleador en el pago de cotizaciones, y (iii) omisión del Fondo de pensiones en obtener el pago de dichos aportes (sentencia de 5 de junio de 2012 radicación 41958).

Se confirmará entonces la decisión de primera instancia que declaró probada la excepción de cosa juzgada, pues el asunto en controversia ya fue resuelto por la jurisdicción y esta Sala no puede revocar ni reformar la decisión que se adoptó en otro proceso.

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.

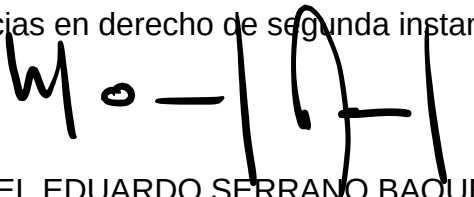
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

CON IMPEDIMENTO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MIGUEL ÁNGEL OSORIO MOLANO CONTRA
LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL Y
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., veintinueve (29) días de octubre 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 el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, y estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 4 de noviembre de 2020 por el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL a pagar pensión de jubilación con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo 1992 – 1994 suscrita por el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO - IDEMA y el sindicato SINTRAIDEMA.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MIGUEL ÁNGEL OSORIO MOLANO presentó demanda contra la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca pensión de jubilación convencional por despido sin justa causa con fundamento en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO -

IDEMA y SINTRAIDEMA vigente para los años 1992 - 1994, a partir del 23 de febrero de 2015 (cuando cumplió 60 años de edad), en cuantía del 76% de lo devengado en el último año de servicios debidamente indexado, o con una tasa de reemplazo del 75%, junto con los intereses moratorios, o el pago indexado de las mesadas adeudadas (ver demanda en folios 2 a 8, y subsanación en folios 53 a 59 del expediente).

La NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el demandante no cumple los requisitos de acceso a la pensión que reclama, pues la terminación del contrato de trabajo fue consecuencia de la liquidación del IDEMA, ordenada a través del Decreto 1675 de 1997, y de esta manera, el retiro del trabajador obedeció a una causa legal y no a un despido injusto. Afirma que el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó el reconocimiento de pensiones convencionales hasta el 31 de julio de 2010, momento a partir del cual perderían vigencia, lo que pasó en el caso bajo estudio si se tiene en cuenta que el demandante cumplió el requisito de edad el 23 de febrero de 2015. Propuso como excepciones de mérito las de *falta de integración de litis consorcio necesario, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, compensación, pago de buena fe, presunción de legalidad, de la aplicación del artículo 133 de la Ley 100, prescripción y sobre la compartibilidad* (ver folios 67 a 94 del expediente).

Mediante auto proferido el 21 de septiembre de 2018 por el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, se dispuso integra el litis consorcio necesario con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES (ver audiencia en el CD 1, y los folios 114 y 115 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 se reclama una pensión sanción de carácter extralegal que no está en la capacidad de financiar pues no se

encuentra contemplada en la normatividad vigente. Propuso como excepciones las de *prescripción y caducidad, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe* (ver contestación en folios 118 a 124 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia de 4 de noviembre de 2020, a través de la cual el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL pagar la pensión sanción reclamada.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: “PRIMERO: CONDENAR a la demandada MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL a reconocer y pagar al demandante MIGUEL ÁNGEL OSORIO MOLANO la pensión de jubilación contemplada en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre IDEMA y SINTRAIDEMA 1992-1994, en cuantía de \$1.434.081,85 a partir del 25 de febrero de 2015 con sus respectivos aumentos legales año a año incluyendo como mesada adicional la treceava mesada de cada año por ya estar vigente el Acto legislativo 01 del 2005 y con la indexación mes a mes de cada una de las mesadas pensionales causadas y hasta cuando se verifique su pago por las razones expuestas. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL a reconocer y pagar al demandante MIGUEL ÁNGEL OSORIO MOLANO los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 desde el 5 de febrero de 2015 hasta el momento de su pago a la tasa máxima legal que si hipotéticamente se liquidaran al día de hoy correspondían a la suma de \$105.509.292 pesos en concordancia con lo motivado. TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda. CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL y a favor de la demandante, por la suma de \$3.300.000 pesos conforme a lo motivado. QUINTO: De no ser apelada la presente decisión envíese a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta” (audiencia virtual, CD 4, minuto 28:42). El Juez

adicionó la sentencia para establecer: “*SEXTO: por haber entrado en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, no procede la mesada catorce, toda vez que ya se indicó que solo se pagará la mesada 13*” (minuto 34:19, ídem).

Para tomar su decisión, el juez concluyó que el demandante cumplió los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo para acceder a la pensión extralegal de jubilación, pues completó más de 10 años de servicios al INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO “IDEMA”, fue despedido sin justa causa, y cumplió la edad de 60 años el 23 de febrero de 2015, advirtiendo que el despido causó el derecho y ocurrió con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues para ese momento el demandante tenía más de 10 años de servicio y la edad es un requisito de exigibilidad y no de estructuración del derecho, conforme el criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Suprema de Justicia sobre la materia. Para tasar el valor de la primera mesada del año 2015, tomó la suma de \$314.340 pesos, la cual indexó a la fecha en el que la prestación se hizo exigible, y le aplicó una tasa de reemplazo del 67.19%, en el entendido de se debe aplicar la proporcionalidad de la prestación, de lo cual obtuvo una mesada para el año 2015 de \$1.434.085. Reconoció el pago de la prestación sobre 13 mesadas anuales junto con los intereses moratorios que se generen sobre las mesadas adeudadas, esto último conforme el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3130 de 2020.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado del demandante pide que se modifique la sentencia dictada en primera instancia para ordenar el pago de la prestación sobre catorce mesadas anuales, y para que se tomen los factores salariales y el monto de pensión dispuestos en la norma convencional. Afirma que la pensión se causó en el año 1997 y por ello el reconocimiento de la mesada 14 no se vio afectada con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Sobre el ingreso base de liquidación pide que se tenga en cuenta lo establecido en los artículos 97 y 124 de la convención colectiva de trabajo tanto para factores

salariales como para el monto o porcentaje de la prestación (audiencia virtual, CD 4, minuto 34:17)¹.

¹*“Manifiesto al despacho que presento recurso de apelación en cuanto a lo negativo que salió, pues a pesar de que se concedió el derecho, entonces específicamente a la proporcionalidad pensión y a la negativa de la mesada 14. Inicio por argumentar lo de la mesada 14 porque tal como se obtuvo de toda la argumentación de la sentencia, esta pensión se causó allá, en el año 1997, al momento del despido sin justa causa, es decir, a este tipo de pensiones no se les aplica el Acto Legislativo número 01 del 2005, razón por la cual a estas pensiones se les ha venido concediendo la mesada 14 dentro de todos los antecedentes que citó el despacho y otros que voy a citar ahorita se puede observar que siempre se ha condenado a la mesada 14 por lo que ya he dicho que estas pensiones son causadas antes del acto legislativo, la edad simplemente es un derecho de exigibilidad. Entonces solicito al Tribunal que revoque en este punto de la mesada 14 en la sentencia y la conceda a favor de la parte demandante. El otro punto con el que estoy en discordia con la decisión del juzgado es el de aplicar la proporcionalidad, ¿por qué?, porque esta decisión, si bien ha sucedido anteriormente en otros juzgados aplicando la ley 171 del 61, esta no es una pensión legal es una pensión convencional, que tiene su propio monto establecido en la convención colectiva, y que ya ha sido determinado así por la Corte Suprema de Justicia, basta con ver la sentencia SL19812 del 2017 con radicación en la corte 52223 del 31 de octubre de 2017, en la cual la Corte determinó específicamente lo siguiente: “Debe recordarse que esta Corporación en muchas sentencias ha dicho en cuanto al error de hecho se refiere, y a sus efectos de su procedencia, que este debe ser evidente u ostensible y dar su protuberancia para hallarlo, no se debe realizar mayor esfuerzo, pues bien los primero análisis a los que invita el sensor dejan claro para la sala que el tribunal incurrió en el error que le endilga la censura al tomar como promedio del último año de servicio la suma de 727.950, correspondiente al salario básico mensual del demandante omitiendo el contenido de la convención colectiva en su artículo 124 que a su tenor expone. Ahí dice cuáles son los elementos que se deben tener en cuenta, y dice a su turno en el artículo 97 de la convención colectiva de trabajo suscrita por SINTRAIDEMA, establece, parágrafo segundo, el valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al 76 por ciento del promedio del salario percibido por el trabajador der, durante el último año de servicio, de lo transcrito se deriva que el Tribunal para resolver la problemática puesta en su conocimiento necesariamente tuvo que analizar tanto el artículo 124 como el artículo 97 de la convención colectiva mencionada, de forma que se avizora, como lo propone la censura, que el ad-quem interpretó de una manera como no corresponde la convención colectiva y la liquidación de prestaciones sociales, es decir, el artículo 124 convencional consagra los factores salariales con base en los cuales se dará aplicación al artículo 97, siendo este último el que gobierna con exclusividad, como se dijo, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo de la pensión de jubilación que crearon las partes, así las cosas el caso prospera, al salir adelante las reclamaciones se releva esta corporación del estudio del segundo y tercer cargo”. En la sentencia instancia al proferir la sentencia de reemplazo ehh dice la Corte, “decisión, ehh bueno, en mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada del día tal”, bueno, resulta entonces que la Sala termina casando la sentencia, tumbando la proporcionalidad que traen de la ley 171, que como ya he dicho no es una pensión legal sino que es una pensión convencional, que tiene su propio monto de tasa de reemplazo, en la misma normatividad del artículo 97 y por esto le solicito al honorable Tribunal que modifique la sentencia en cuanto a*

En el recurso del MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, su napoderado pide que se revoque la sentencia de primera instancia, pues la entidad solo se encuentra legitimada para reconocer las pensiones de quienes hayan tenido una relación directa con este Ministerio, y no con entidades externas (audiencia virtual, CD 4, minuto 34:48)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que la demandante prestó sus servicios al INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO – IDEMA entre el 4 de diciembre de 1979 y el 3 de marzo de 1993, esto es, por 13 años y 3 meses; así se observa además de la liquidación definitiva de prestaciones sociales obrante a folio 13 del expediente, de la carta de terminación del contrato de trabajo obrante a folio 14, y de la comunicación emitida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas del MINISTERIO DE AGRICULTURA y DESARROLLO RURAL el 27 de agosto de 2015 (ver folios 10 y 11). Tampoco fue objeto de controversia que el actor cumplió 60 años de edad el 23 de febrero de 2015 (ver registro civil de nacimiento a folio 18 y cédula de ciudadanía a folio 12 del expediente).

Para resolver la apelación y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada las decisiones que le fueron contrarias a la Nación, se debe recordar que los parágrafos transitorios primero y segundo

la condena de la proporcionalidad y la conceda al 76 por ciento de la tasa de reemplazo, dejo así sustentado mi recurso de apelación, me encuentro de acuerdo con el resto de los argumentos de la sentencia, gracias su señoría”.

² “Su señoría, me permito interponer en estos momentos recurso de apelación conforme al artículo 66 del Código procesal del Trabajo y la Seguridad Social, ehh lo sustentó en la falta de legitimación en la causa por pasiva ya que se considera que al Ministerio de Agricultura no le asiste la obligación en, en reconocerle al demandante la pensión solicitada debido a que al Ministerio no se le han asignado las funciones ehh de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de externos ajenos que no hallan sostenido alguna relación directa con el Ministerio de Agricultura, es por esto que solicito muy respetuosamente al Tribunal revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, muchas gracias”.

del artículo 48 de la Constitución Política terminaron la vigencia de las Convenciones Colectivas de Trabajo en las cuales se reconocían derechos extralegales en materia pensional, y por ello, los derechos extralegales que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tomaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro por ausencia de fundamento normativo.

Solamente quienes para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar una pensión, tienen derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido a la prestación convencional, derecho que no podían derogar normas posteriores.

Sobre el momento en que se causa la pensión convencional que estipuló el acuerdo vigente en el periodo 1992-1994 entre el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO – IDEMA y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL IDEMA - SINTRAIDEMA (visible en folios 21 a 48 del expediente)³, se ha expresado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde antaño en las sentencias SL 3150 de 2019, SL 5573 de 2018, SL 2827 de 2018 y SL 13455 de 2016, entre otras. Según ese precedente jurisprudencial, la pensión de jubilación extralegal de los trabajadores del INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO – IDEMA se debe entender como un derecho causado y adquirido en el momento en que el trabajador fue desvinculado de la entidad por despido sin justa causa o por mutuo acuerdo, si para esa fecha había prestado servicios por más de 10 o más de 15 años, respectivamente.

Lo anterior, sin que importe para el efecto la edad, pues en palabras de la Corte, *“el cumplimiento de la edad, en casos como el presente, se torna*

³ El artículo 98 de la Convención Colectiva referida tiene el siguiente tenor literal: *“PENSIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTO: El trabajador oficial vinculado por Contrato de Trabajo, que sea despedido sin justa causa después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15) continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido”*.

únicamente en un requisito para la exigibilidad de la prestación, sin que en nada incida lo establecido por el Acto Legislativo 01 de 2005” (ver sentencia SL 3150 de 2019, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Así las cosas, en casos como el que se estudia, nacido el derecho a la pensión con la terminación del contrato de trabajo, no se podrán aplicar las reformas legales o las enmiendas constitucionales que se hayan introducido al ordenamiento jurídico con posterioridad, pues de hacerlo se le estaría dando a las nuevas reglas un efecto retroactivo prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso bajo estudio, el contrato de trabajo del demandante fue terminado de forma unilateral por el extinto Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA el 3 de marzo de 1993, fecha para la cual tenía un total de 13 años y 3 meses de servicio, hechos que se acreditan con la comunicación de terminación del contrato (obrante a folio 14), la liquidación definitiva de prestaciones sociales (folio 13), y la comunicación emitidas por el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL el 27 de agosto de 2015 (ver folios 10 y 11).

Se causó en consecuencia la pensión de jubilación convencional desde el 3 de marzo de 1993 bajo la interpretación de la Sala Laboral de la Corte, razón por la cual se debe confirmar la sentencia apelada. El Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso una fecha posterior para la pérdida de vigencia de las pensiones convencionales (31 de julio de 2010 según lo dispone el Parágrafo Transitorio No. 3 del Acto Legislativo 01 de 2005).

Para dar respuesta a los argumentos expuestos por el MINISTERIO DE AGRICULTURA en su contestación y en los alegatos de conclusión, debe advertir el Tribunal que en la carta de terminación del contrato de trabajo no se expusieron las razones que llevaron al IDEMA a tomar la decisión de terminar el contrato de trabajo, pero si ocurrió por consecuencia de la supresión y liquidación de la entidad, se le debe entender como un despido o decisión unilateral del empleador que no se encuentra contemplado como justa

causa en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, y por ello deviene en un despido *injusto* que genera consecuentemente en el empleador la obligación de reparar todos los daños que ocasionó al trabajador, entre ellos la afectación de su expectativa pensional⁴.

En este orden de ideas, procede el pago de la primera mesada a partir del 23 de febrero de 2015 fecha en la cual el demandante cumplió la edad de 60 años (ver folios 12 y 18), y lo debe hacer el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL de conformidad con lo establecido en el Decreto 1675 de 1997, normativa que dispuso la supresión y liquidación del IDEMA en cuyo artículo 6° se estableció que: “[u]na vez concluida la liquidación de la Entidad, los bienes no enajenados, derechos, obligaciones y archivos pasarán a la NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL”.

No obstante, el Tribunal adicionará la sentencia dictada en primera instancia para definir, en consulta, que la prestación tiene el carácter de *compartida* con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor del demandante. Así lo ordena el artículo 5° del Acuerdo 029 de 1985 al establecer que las pensiones reconocidas en *Convención Colectiva* con posterioridad a octubre del año 1985 tienen el carácter de compartidas con las pensiones de vejez que otorgue en el futuro el Sistema; y así lo ratifica el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 al advertir para las *pensiones extralegales* el carácter de compartidas.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 3 de agosto de 2010, radicado 43757, Magistrada Ponente Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón: “Es evidente que el Tribunal dio por sentado que el 26 de agosto de 1997 la demandada le comunicó al actor su decisión de dar por terminado unilateralmente el vínculo laboral y que dicha ruptura no estuvo amparada por una de las justas causas previstas en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, puesto que la supresión del cargo no se ha erigido en el ordenamiento jurídico como “justa causa” para terminar los contratos laborales, de tal manera que en el caso examinado lo que ocurrió fue un despido injusto, con las consecuencias que de ello se derivan, tal cual se ha explicado por la Corte; así, últimamente, en sentencias como la del 10 de junio de 2008, radicación 32791 y la del 4 de marzo de 2009, radicación 34480”.

Pasa ahora la Sala a conocer el recurso de apelación que propuso la parte demandante y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Nación estudiar el valor de la mesada pensional y los parámetros bajo los cuales se reconoció la prestación en la sentencia de primera instancia.

En lo concerniente al ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta para determinar el valor de la mesada pensional, el artículo 98 de la norma convencional solo dispuso que el trabajador que cumpla las condiciones de acceso a la pensión (despido sin justa causa y 10 años de servicio) tendría derecho a la pensión de jubilación. El artículo del que reclama aplicación el demandante (artículo 97) reguló un escenario distinto: el de los trabajadores oficiales que cumplieron los requisitos legales para acceder a la pensión o quienes completaron los puntajes establecidos en el artículo 97 de la Convención Colectiva de Trabajo con el 76% (67 puntos mujeres y 72 puntos hombres después de sumar la edad y el tiempo de servicios).

La ausencia de norma específica en la materia, impone acudir a las normas que regulaban genéricamente la materia, el inciso 4° del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, norma que establecía la cuantía de la pensión de jubilación de empleados oficiales en caso de despido injusto, cuyo tenor literal dice lo siguiente: “[l]a cuantía de la pensión de jubilación, en todos los casos citados en los incisos anteriores, será directamente proporcional al tiempo de servicios, con relación a la que habría correspondido al trabajador oficial en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar la pensión plena y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios”.

En estos mismos términos (tasa de reemplazo proporcional al tiempo de servicios) se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia proferida el 4 de marzo de 2009, con radicado No 34480, M.P. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ).

Con base en lo dicho, se modificará en consulta el valor de la mesada que tasó el juez de primera instancia, pues una vez efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, el Tribunal obtiene para la primera mesada de pensión de la jubilación en el año 2015 \$1.075.758, que resulta inferior a la definida por el juez (\$1.434.085).

Para este efecto se incluyó el promedio mensual de los factores salariales devengados en el último año de servicios a los que refiere el artículo 124 de la Convención Colectiva de Trabajo referida (sueldo básico, sobresueldo de antigüedad, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, doceava parte de primas semestrales, doceava parte de vacaciones y horas extra, dominicales y festivos) (ver folio 13). Dado que el demandante laboró para el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO durante 13 años y 3 meses, es decir, durante 4838 días, resulta un porcentaje de liquidación del 50.40%, que se aplica sobre el ingreso base indexado con la fórmula matemática que según criterios técnicos reconocidos universalmente es la más adecuada para llevarlo a valor presente. En ella el valor presente se define multiplicando el valor histórico (R_h), que es el último salario mensual promedio devengado por la actora, por la suma que resulta de dividir el ÍNDICE FINAL de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en diciembre de la anualidad anterior a la fecha en que se hizo exigible la pensión, por el ÍNDICE INICIAL vigente en la anualidad anterior a la fecha en que terminó la relación de trabajo, como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia (sentencia SL 6916 del 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conforme la liquidación de prestaciones sociales obrante a folio 13, el salario promedio devengado para efectos pensionales en el último año de servicios y suma a actualizar es \$314.304,03 que se multiplica por el resultado de dividir el índice de precios vigente en diciembre de 2014 (118.15) entre el índice de precios vigente en diciembre 1992 (17.40). De tal operación se obtiene un salario actualizado de \$2.134.440. A este valor se aplica el porcentaje de 50.40% lo que arroja como resultado la suma de \$1.075.758, que es el valor

de la primera mesada de pensión de jubilación convencional para el 23 de febrero del año 2015.

El valor de las mesadas pensionales para los años subsiguientes se obtiene del cuadro de operaciones que también se anexa al acta de esta audiencia:

AÑO	MESADA	INCREMENTO
2015	\$ 1.075.757	6,77%
2016	\$ 1.148.586	5,75%
2017	\$ 1.214.629	4,09%
2018	\$ 1.264.308	3,18%
2019	\$ 1.304.513	3,80%
2020	\$ 1.354.084	1,61%
2021	\$ 1.375.885	

La pensión se debe pagar en 14 mesadas pues, como se dijo, se causó el 3 de marzo de 1993, es decir, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que dispuso la extinción del derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14, materia que también será modificada en la sentencia de primera instancia que reconoció el pago de la prestación sobre 13 mesadas anuales.

Cabe advertir que sobre ninguna de las mesadas operó la prescripción, pues dicho término se interrumpió con la reclamación administrativa elevada el 14 de agosto de 2015 (folio 9), y la demanda se presentó el 21 de junio de 2016 (folio 50).

Se modificará entonces la sentencia de primera instancia y se dictarán las condenas que corresponden, revocando también la condena que se impuso al pago de los intereses moratorios establecidos en la el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por la mora en el pago de las mesadas causadas por el demandante, pues en reciente criterio jurisprudencial la Sala Laboral de la

Corte Suprema de Justicia, se reiteró que los intereses moratorios no proceden cuando se trata de pensiones de origen *extralegal*, como ocurre en el caso bajo estudio (ver sentencia SL 3698 de 7 de julio de 2021, M.P. FERNANDO CASTILLO CADENA).

Esa Corporación aclaró que si bien en reciente jurisprudencia se morigeró el criterio según el cual los intereses moratorios solo proceden tratándose de pensiones que se reconocen con sujeción a la Ley 100 de 1993 para reconocer dichos intereses sobre pensiones legales que se otorgan en aplicación del régimen de transición (CSJ SL1681-2020), dijo también que “*se ha mantenido inalterable en lo que tiene que ver con las pensiones de origen extra legal*” (sentencia CSJ SL 3689 de 2021).

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

Sin COSTAS en la apelación.

DECISION

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. **MODIFICAR** los numerales PRIMERO y SEXTO de la sentencia de primera instancia para definir: (i) el valor de la prestación en las siguientes sumas de dinero mensuales: \$1.075.757 para el año 2015, \$1.148.586 para el año 2016, \$1.214.629 para el año 2017, \$1.264.308 para el año 2018, \$1.304.513 para el año 2019, \$1.354.084 para el año 2020 y \$1.375.885 para el año 2021; y, (ii) que el pago de la prestación procede sobre 14 mesadas al año.
2. **REVOCAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia. En su lugar, se **ORDENA** el pago de las mesadas causadas debidamente indexadas, conforme lo expuesto en la parte motiva.
3. **ADICIONAR** la sentencia apelada para **DECLARAR** que la pensión restringida de jubilación a cargo de la UGPP tiene el carácter de pensión compartida con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES a favor del demandante.
4. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
5. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

ACLARACION DE VOTO



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 CLAUDIA MARIA ÁLVAREZ ECHAVARRIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.)

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre 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 los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la última entidad, la sentencia dictada el 12 de mayo de 2021 por el Juez Treinta (30) 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 (i) al doctor Winderson Jose Moncada Ramírez, identificado con T.P. 334.200, para actuar como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido, y (ii) 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 general conferido a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS SAS a través de la Escritura Pública No. 2232 de 17 de agosto de 2021 en la Notaría Dieciocho (18) del Círculo de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ANA CLAUDIA MARIA ÁLVAREZ ECHAVARRIA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.), para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en el mes de noviembre del año 1994, por el incumplimiento de los derechos legales de información y deber de asesoría a la demandante, situación que generó un error de hecho que vició su consentimiento, advirtiéndole que no se le brindó información sobre las consecuencias, ventajas y desventajas de trasladarse al RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare su afiliación en el RPM administrado por COLPENSIONES y se le ordene a dicha entidad actualice su historia laboral teniendo en cuenta las semanas que cotizó en el RAIS (ver demanda en folios 75 a 98 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 vinculación de la demandante cumple con todos los presupuestos legales para su existencia, pues el asesor comercial le brindó la totalidad de la información y el ISS, hoy COLPENSIONES, respetó la escogencia de régimen que hizo la actor. Además, señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales establecida en el artículo 2º,

literal e de la Ley 797 de 2003, y no es beneficiaria del régimen de transición ni por edad ni por tiempo de servicios. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 132 a 143 del expediente).

También contestó la demanda SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que a la demandante se le brindó toda la información pertinente en el momento de su afiliación a SKANDIA S.A. (antes OLD MUTUAL), la cual consistió en un traslado horizontal entre fondos privados del RAIS, por lo que ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento de dicho régimen, y advirtió que solo a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, se dispuso a cargo de las administradoras de pensiones la obligación de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que le permitan conocer las consecuencias de su traslado. Además, señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición señalada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para trasladarse entre regímenes pensionales, pues tiene 49 años de edad. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *imposibilidad jurídica del traslado, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica* (ver contestación en folios 150 a 180 del expediente).

Por su parte, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESATÍAS mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones incoadas en su contra con fundamento en que la entidad brindó una re-asesoría integral y completa sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional y su traslado entre fondos privados en el RAIS, por lo que su vinculación se realizó de manera libre y voluntaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 literal b) de la ley 100 de 1993. Además, resaltó que la demandante no probó causal de nulidad alguna de su afiliación a COLFONDOS S.A., ni se demostró la falta de información sobre las consecuencias del traslado, y por el

contrario ha permanecido afiliada durante 24 años en el RAIS, lo que denota su conocimiento del Sistema. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad, innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos* (ver contestación en folios 243 a 264 del expediente).

Finalmente, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que el fondo privado le suministró información acorde con las disposiciones legales, reglas y condiciones que operaban para la época del traslado, por lo que la demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de afiliación. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica* (ver contestación en folio 272 a 281).

Terminó la primera instancia con sentencia de 12 de mayo de 2021, mediante la cual el Juez Treinta (30) 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 nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora ANA CLAUDIA MARIA ALVAREZ ECHAVARRIA del entonces Instituto de Seguros Sociales a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE S.A., hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS*

PORVENIR S.A., que se hizo mediante la suscripción del formulario No. 061715 de fecha 17 de Noviembre de 1994 con efectividad a partir del 1 diciembre de 1994, conforme a lo expuesto. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante señora ANA CLAUDIA MARIA ALVAREZ ECHAVARRIA al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo, es decir desde el 1 de diciembre de 1994 a 30 de SEPTIEMBRE de 2000, los cuales deben ser cubiertos con los recursos del patrimonio de la administradora debidamente indexados, conforme a lo expuesto. CUARTO: ABSOLVER a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta lo acordado en la conciliación parcial, es decir por el periodo comprendido entre el 1 diciembre de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2008, conforme a lo expuesto. QUINTO: CONDENAR a OLD MUTUAL S.A PENSIONES Y CESANTIAS o SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a COLPENSIONES, todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo, es decir desde el 1° de diciembre de 2008 y hasta el momento en que se haga efectivo del traslado, estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados, conforme a lo expuesto. SEXTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora ANA CLAUDIA MARIA ALVAREZ ECHAVARRIA, 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. SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. OCTAVO: CONDENAR en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL S.A. o SKANDIA S.A. y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de TRES MILLONES CUATROSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS (\$3.488.740) a cargo de cada uno de los fondos demandados. NOVENO: SIN costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS. DECIMO: CONCEDER el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES". (audiencia virtual No 2, minuto 27:35).

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 HORIZONTES S.A (hoy 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, y por ello, no se puede establecer si la afiliación de la demandante se realizó bajo los parámetros del consentimiento informado.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

En recurso, el apoderado de PORVENIR S.A. pidió que se revoque la sentencia proferida en primera instancia en cuanto no existe razón para ordenar el traslado de régimen, toda vez que no fue probada la supuesta ausencia de información, y de todas formas, ello no es causal para declarar la ineficacia pues no se encuentra dentro de los presupuestos establecidos en el artículo 271 de la ley 100 de 1993. Lo anterior, con fundamento en que la demandante suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A. de manera libre y voluntaria, y que el asesor comercial del fondo le brindó

informaron suficiente sobre las características generales de ambos regímenes. Finalmente, señaló que conforme el criterio de la Superintendencia Financiera en la materia, en caso de ordenar el cambio de régimen solo es procedente el traslado del valor de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, pero no los gastos de administración y las primas de seguro previsional, y considera que no es procedente la condena en costas en su contra (audiencia virtual No 2, minuto 32:03)¹.

¹ “Gracias por la palabra señor juez, estando dentro de la etapa oportuna me pre, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, recurso que presento y sustento en forma total, en lo que fue adversa la sentencia a los intereses de mi representada bajo las siguientes consideraciones: Consideramos señor juez y como así lo expusimos en la contestación de la demanda e incluso en los alegatos de conclusión, no existe razón alguna para imponerle a mi representada obligación de trasladar de régimen de pensiones a la ahora demandante, en razón a una supuesta ausencia de información por parte de mi representada. Es necesario tener en cuenta que no hay ninguna norma legal que consagre la consecuencia que el evento en que exista una ineficiencia en la información que se le dio a el afiliado, antes de que tomara la decisión de desplazarse de régimen pensional. El artículo 271 de la ley 100 de 1993, no consagra expresamente la ineficacia del traslado de régimen pensional por fallas en la información suministrada al afiliado, toda vez que es eminentemente de carácter sancionatorio por cuanto establece una sanción quien atente contra el derecho de afiliación y a la selección de organismos de instituciones en el sistema de seguridad social, pero no consagra ningún derecho sustancial. Nada dice respecto a las informaciones por parte de las administradoras de sistemas de pensiones ni mucho menos sobre las consecuencias del incumplimiento de esa obligación, puesto que se refiere con nitidez al hecho de impedir el derecho de afiliación o de selección, mas no a las deficiencias en sus respectivos tramites. Entender que una eficiencia en la información equivale a impedir el derecho de afiliación o de selección, constituye una hermenéutica equivocada que no corresponde con las reglas de interpretación y las leyes aplicables en nuestro ordenamiento, vale decir, es hacerle decir a la norma algo que no surge de su tenor literal cabalmente entendido, que esta dirigido a sancionar otro tipo de conductas diferentes al incumplimiento de una obligación. Lo que si sanciona es una actuación positiva y no una omisión a lo que por ningún lado se hace referencia. Asumir que la conducta de quien no da información completa, es la misma de la quien con actos deliberados pide una filiación o la selección de régimen no guarda ningún sentido, por mas que se quiera conferir en la norma un carácter eminentemente protector. De los artículos 292 de la ley 100 de 1993, el artículo 13 del código sustantivo del trabajo y 53 de la constitución política de Colombia, tampoco es posible concluir la ineficacia del traslado del régimen ante la falta de información correcta al afiliado, ninguna de esas normas establece esa consecuencia, y obviamente no se refieren al traslado de regimenes pensionales por lo que no hay ningún elemento de juicio para extraer de ella uan consecuencia puntual como la ineficacia y un acto jurídico solemene, con base en una naturaleza proteccionista, ahora bien, ahunado a todo lo anterior, debe tenerse en cuenta por parte del tribunal, que el debate probatorio desarrollado en el presente caso, especialmente en el interrogatorio de parte realizado y absuelto por la ahora demandante se demostró que suscribió el formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A., de manera libre, voluntaria, sin coaccion alguna, momento en el cual eh, también se le informaron características generales de ambos regímenes que el asepo que el asesor de PORVENIR le informo que suce que sucedería con los dineros dineros depositados en su cuenta de ahorro individual en caso de que falleciera y también le informo eh, que para la pension de vejez en el régimen de ahorro individual debía cumplir requisitos propios de este régimen y que por lo mismo también podía tener una pensión de manera anticipada dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad. Así las cosas, bajo este escenario, este despacho se alejo de la normatividad vigente y aplicable para este caso como quiera que al no existir la obligación de trasladarse a otro régimen de pensiones a la ahora demandante en

razón de una supuesta ausencia de información completa por parte de mi representada y por otro lado, al haber demostrado que mi representada realizó un ejercicio de información con la ahora demandante, consecuentemente llego a la conclusión de que no se puede considerar que como una omisión por arte de PORVENIS S.A., se establezca esta consecuencia jurídica y por lo tanto tampoco es procedente la condena en costas o algún otro concepto en contra de mi representada, ahora, sin perjuicio de lo anterior si el operador judicial que resuelve el presente recurso de apelación considera que mi representada se encuentra en la obligación de efectuar el traslado de régimen de la parte actora, solicito respetuosamente a la sala laboral del tribunal superior del distrito de Bogotá, se tenga presente que en el hipotético caso de declarar la nulidad o la inejecución del régimen de traslado pensional, no resulta viable que como partes de las prestaciones mutuas que corresponden se ordene a la administradora demandada la devolución de los gastos destinados a la administración eh, y a las sumas pagadas por conceptos de primas o seguros provisionales a los que ha estado obligada a contratar, ellos es así porque las sumas correspondientes a los gastos de administración, tienen por mandato legal una destinación específica, en este caso se cumplió plenamente con su cometido en el periodo en el cual la demandante ha mantenido su vinculación con el régimen de ahorro individual con solidaridad, de tal suerte que esa ya suma fueron debidamente invertidas por las formas exigidas por la ley y no se encuentran ya en poder de mi representada, pues fueron destinadas a todos los gastos que ha aplicado la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta de ahorro de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, no tiene ningún sentido y no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas en caso de nulidad de un acto jurídico que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente debe devolver las sumas que invirtió para mantener este (vin, no se le entiende bien) y para incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales que esta obligada a acatar, es claro, por lo tanto, que estas sumas son destinadas a los gastos de administración, se sea agotaron o extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo, el cual no era otro que manejar los fondos y las cuentas de los afiliados, es decir; no esta en poder de las administradoras de pensiones, ya que por exigencia de la ley estuvo obligada a invertirlos en la obtención de la rentabilidad mínima que debe garantizar, así las cosas jurídicamente procedente ordenar los gastos de administración en razón a estos fundamentos, en efecto, luego de explicar las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales eh, que pese a persistir en un ambiente en el cual se propende que por la libre competencia y desarrollo económico, no puede pasarse por alto que son excluyentes entre si, por ello es preciso, eh, y preciso comparar las mesadas pensionales sobre el cálculo a través del cual se determinan estas, tanto para quienes se encuentren afiliados al régimen de prima media con prestación definida como para quienes se encuentran afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo anterior debido a que pese es un sistema que busca cubrir con los mismos objetivos, que sea asegurar los riesgos de vejez, invalidez o muerte, reconocen prestaciones en condiciones y características totalmente diferentes, como muestra de lo anterior, expone la superintendencia financiera que mientras que en el régimen de prima media con prestación definida los afiliados obtienen sus prestaciones en condiciones que ya se encuentran taxativamente regladas en la ley, por su parte en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los afiliados obtienen sus prestaciones de acuerdo con el valor que hayan ahorrado en su cuenta individual, para esa superintendencia en lo que tiene que ver puntualmente entre los traslados entre los regímenes pensionales, debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello que lo es el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, esta exposición normativa debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado en curso, lo que desde luego, incluye las restituciones que deben hacerse cuando se ordene la nulidad o la inejecución del traslado. Consideramos entonces, que existiendo una norma que regule la situación no se ve ninguna atenuante para apartarse de ella e incluir conceptos que no contienen y que por razones lógicas no puede trasladarse ya. Afirma la superintendencia lo siguiente “de esta manera, la normatividad existente permite inferir que en caso de resultar necesario el traslado del recurrente del régimen de ahorro individual al de prima media, lo procedente, además del traslado de la información correspondiente a la historia laboral del traslado del afiliado, es el traslado del valor de la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y lo correspondiente a la pensión

Por su parte, la apoderada de SKANDIA (antes OLD MUTUTAL) a través de su apoderada, solicitó que se revoque parcialmente el fallo en lo referente a gastos de administración, con fundamento en que dichas sumas se descuentan por disposición de la ley, en la cual se dispone que el 3% del aporte se destine a dichos gastos (artículo 7 del decreto 3998 de 2008). Además, solicitó que se revoque la condena en costas y agencias en derecho, en cuanto SKANDIA no participó del acto jurídico de traslado de régimen (audiencia virtual No 2, minuto 43:15) ²

de garantía mínima con sus rendimientos, lo cual deberá hacerse también cuando se declare la ineficacia de traslado de régimen pensional, repitiendo la designación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada ya por la administradora que genere los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino” como se observa, se considera que las sumas destinadas al pago de seguros provisionales y gastos de administración, no deberán ser trasladadas al régimen de prima media en la medida en que, en el periodo durante el cual la demandante estuvo afiliada con la AFP, PORVENIR S.A cumplió con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de vejez, invalidez y muerte, es decir; se invirtieron conforme con la estructura del régimen de ahorro individual, finalmente y a modo de conclusión, la Superintendencia Financiera de Colombia ha manifestado que lo procedente sería que se respeten las restituciones mutuas, las que se hayan realizado, que no se ordene el traslado de la prima de seguro provisional, que tampoco se ordene la devolución de cuota de comisión de cuotas de administración que han sido utilizadas para generar y re generar rendimientos a la cuenta individual del afiliado y que corresponden al trabajo de administrar al al trabajo de la administración de dichos recursos, dicho todo lo anterior, se observa la autoridad doctrinal de la Sala y que se considera que los criterios antes expuestos, merecen ser considerados y obviamente ponderados en este caso, así las cosas, solicito muy amablemente a la sala laboral del tribunal superior del distrito de Bogotá, que revoque la sentencia en lo que fue adversa mi representada bajo las consideraciones antes expuestas, muchas gracias señor juez”.

² “Muchas gracias señor juez y en este momento me permito interponer el recurso de apelación en contra de el fallo recientemente proferido por el despa por el juzgado 30 laoral del circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia en lo concerniente a dos puntos, en primer lugar, en lo que respecta a los gastos de administración y en segundo lugar con la tazacion de la condena en costas y agencias en derecho. Eh, en cuanto al primero punto, sustento mi el recurso en cuanto los gastos de administración están contenidos dentro de una fuente legal, eh, esto es en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 en donde se establece cual es la tasa de cotización eh, para los afiliados y se establece que 3% se destinan a financieros para gastos de administración, la prima de seguros y la prima de seguros de invalidez y de sobrevivencia, esto en concordancia con el artículo setptimo 7 del decreto 3998 del 2008, por su parte también la superintendencia financiera que es el ente de vigilancia y control eh... de la ae... administrado de fondos de pensiones establece que al decretarse la nulidad o la ineficacia de una afiliación, procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada que incluya lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la admnistración y los recursos generados por la administradora, así como los porcentajes desinados a las garantías de un siminime de sus respectivos rendimientos. Decir que pues, al tenor de lo expuesto por la norma, aplicable en el caso concreto como es eh, el sustento legal y eh, el concepto eminito por un ente de control, no existe razón alguna para ordenar trasladar al régimen de prima media en porcentaje destinado a financiar los gastos de administración la prima de raseguros y seguros de invalidez y sobrevivencia, concluyendo en primero termino que no es posible reitegrar las sumas descontadas por concepto de administración, dado que, en por un lado, se destina a pagar la póliza para los seguros de invalidez y de muerte, y por

Finalmente, la apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, con fundamento en que para el momento del traslado se cumplieron con las exigencias establecidas en el Decreto 692 de 1994, y advirtió que la demandante ratificó su voluntad de permanecer afiliada en el RAIS durante más de 20 años de vinculación, y con los traslados horizontales que efectuó en fondos privados, en los cuales debió recibir información completa (audiencia virtual, minuto 53:56)³.

otra parte para ufragar los gastos de administración, de ahí que, pues ese porcentaje ya fue pagado eh... a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y de muerte a la actora y por tanto no se encuentra en en arcas de la AFP, por otro lado pues tampoco es posible reintegrar un porcentaje que ya fue eh... respaldado para los comisionados de la administración de los recursos teniendo en cuenta que inclusive, la hoy aquí actora se encuentra beneficiada de todos los rendimientos que eh, justamente excedieron por ocasión a estar afiliada a SKANDIA S.A de pensiones y cesantías y eh... justamente pues, eh... se tienen en cuenta dentro de su cuenta de ahorro individual de la demandante eh... siendo ilógicas devolver los mismo, so pena pues la misma actora tendría que entrar a devolver a a recobrar los rendimientos financieros que le dieron, justamente todo lo lo que le dieron justamente lo que se efectuó de los aportes ah, eh, atenciones estando en la compañía SKANDIA, por otro lado, es importante tener en cuenta que si bien es cierto eh, eh el juez laboral goza de facultades ultra y extrapetita no es menos cierto que... eh... son situaciones que he... no se encontraron la determinación de los gastos de administración ni en las pretensiones ni en laaaaa uhm... y obviamente pues no se ejerció el debido derecho a la defensa dentro de la contestación de la demanda ni a lo largo del proceso, eh... situación que pues realmente pone en desmedido los grupos que eh.. no no el derecho a la defensa al debido proceso y de contradicción por parte de Skandia. Lo otro es importante tener en cuenta los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares a los que se hayan obtenido mediante la declaratorias inter partes en los otros casos eh... por parte de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, eh... ahora bien eh... en la otra parte del recurso de apelación va en caminado a que solicito especialmente al tribunal superior de bogotá en la sala laboral, exonere a la mutual de todo conceptos de costas procesales y especialmente a la fijación elevadas de agencias en derecho indicadas en la sentencia apelada y así acatar la línea jurisprudencial trazada por la corte suprema de justicia en la sala laboral frente a las condenas en costas contra las administradoras de fondos de pensiones, en los procesos de la naturaleza de aquí del fallo, dado que mi provocada no participo del acto jurídico de traslado a régimen tal y como se advierte en la sentencia de la corte suprema de justicia el 3 de abril de 2019 radicado 68852 magistrada ponente la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo en donde eh, indicó taxativamente que implica la necesidad por parte de los jueces de dar cumplimiento del deber de la información de acuerdo al momento histórico en que deben cumplirse. Eh, considerando además que mi provocada actuó de buena fe, con lealtad procesal sin celeridad con acatamiento de la ley, considerando además que la naturaleza del proceso obedece a acatar la jurisprudencia de la alta corte en materia de la labor laboral, mas no a un largo debate probatorio y es eh.. y adicional a esto porque la única manera de poder declararse la nulidad o la ineficacia, pues justamente debe ser a través de un proceso judicial y eh.. cuando se solicitó por parte de eh... la señora demandante, ehm pues justamente lo hace, eh, por fuera del término establecido en el artículo trece de la ley 100 de 1993, esto es, cuando la demandante ya había superado los 47 años de edad para realizar el traslado de afiliación, razón por la cual tuvo que concurrir a este proceso judicial, en ese orden de ideas, dejo presentado el recurso de apelación y sustentado el recurso de eh, de apelación, por SKANDIA”.

³ “Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación frente a la providencia antes proferida, con base en lo argumentado en los alegatos de conclusión y manifestando lo siguiente: el presente caso pues, se censura que no se dio una completa, clara, comprensible

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

y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, desconociendo el deber que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas, una primera etapa, el decreto 663 de 1993, una segunda etapa la ley 1329 del 2009 y el decreto 2241 de 2010 y una tercera etapa la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 del 2015, así las cosas el análisis de la información suministrada AFP y alcance de la asesoría dio a brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la carta política, el ajuste a la normas preexistentes al acto que se juzga, es así, honorable tribunal, que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base a normas inexistentes, no tiene sustentación jurídica y viola gravemente el debido proceso de la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES que sin haber participado del trámite del traslado debe afrontar la carga de la prestación, en el presente caso vemos que pues eh... que al momento del traslado de la demandante, pues se encontraba vigente el decreto 692 de 1994, el cual pues, no era necesario llenar el formulario de afiliación con los datos suscritos por la parte demandante, el cual pues se cumplió a cabalidad y se encuentra probado dentro del presente proceso, que de igual manera, es de manifestarle al honorable tribunal que en el presente caso se evidencian actos de relacionamiento y de convicción de la parte demandante que debe permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no es razonable que en el presente caso pues, eh, después de pasar más de 20 años y de que la aquí demandante, se a trasladado a diferentes fondos de pensiones del régimen de ahorro individual, como era horizontes, porvenir, colfondos, y old mutual, pretenda entonces eh, valerse de este proceso judicial para retornar al régimen de prima media con prestación definida, simple y exclusivamente por eh... verse inmersa en, en una condición económica más beneficiosa, es importante mencionar que la Corte Suprema de Justicia a manifestado en reiteradas ocasiones “frente a los actos de relacionamiento, en ese orden de ideas es dable concluir que cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de seguir en el régimen y contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección, dichos comportamientos en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados, tal como presentar solicitudes de información de saldo, actualización de datos, asignación y cambios de claves, entre otros. Si bien el honorable juez 30 considera que no hay prueba suficiente que lo permitan llevar a este tipo de acto de relacionamiento, considera que pues, con las diferente traslado que la aquí demandante ha realizado en tres oportunidades, pudo recibir una adecuada y suficiente asesoría sobre el traslado de régimen pensional, eh y que fue su deber eh, permanecer eh, en el régimen de ahorro individual, mas aun cuando en los diferentes traslados los hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones, tal como quedo registrado en el interrogatorio de parte absuelto en el día de hoy por la aquí demandante, por esas razones eh, ruego aquí al honorable tribunal eh, revoque eh, la decisión antes proferida por el honorable juez 30 laboral y en consecuencia se absuelva a mi representada de recibir el traslado de la aquí demandante, como quiera que ha sido su intención la de trasladarse a un régimen de ahorro individual y que simple y exclusivamente por la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES es un tercero de buena fe en el presente proceso, a quien no ha vulnerado los derechos de la aquí demandante, de esta manera dejo dustentado mi recuso solicitando a su señoría, se conceda el mismo, muchas gracias”.

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 24 años de edad y había cotizado 69.71 semanas⁴, 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 y 8 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión en el RPM (tenía 48 años de edad – ver folios 2 y 99 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 asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6 7}, según

⁴ Ver cédula de ciudadanía en folio 77 del expediente y la historia laboral de COLPENSIONES a folio 171.

⁵ *Ibídem*.

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

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

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 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*

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”.

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 HORIZONTES 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 si bien firmó de forma libre el formulario de información, lo hizo con base en información incompleta sobre las condiciones pensionales hacia el futuro, y porque los asesores comerciales del fondo privado le indicaron que el ISS se iba a acabar y por eso se debía trasladar. Además, advirtió que en cada fondo con el que realizó traslados

horizontales, tomaba la decisión de su afiliación porque le hablaban mal del fondo anterior y le prometían mayor rentabilidad, pero nunca le hicieron un comparativo respecto de la pensión que recibiría en COLPENSIONES (ver audiencia virtual No 2, minuto 33:55).

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 *“saneamiento”* la permanencia de la actora en el RAIS o por posteriores traslados entre fondos pensionales; la afiliación inicial operó el 17 de noviembre de 1994 a la AFP HORIZONTES S.A (hoy PORVENIR S.A), posteriormente se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., el 25 de agosto del 2000 y finalmente, se trasladó a la AFP SKANDIA SA (antes OLD MUTUAL), el 23 de junio de 2009, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada (ver folio 192, 266 y 282 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, y a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración y comisiones que cobró durante el tiempo en el que el demandante estuvo afiliado en dicho fondo privado, 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), y por ello no opera el fenómeno prescriptivo sobre dichos valores.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de OLD MUTUAL S.A. (hoy SKANDIA) la devolución de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, y a cargo de PORVENIR SA a devolver los dineros que recaudaron por conceptos de gastos de administración. Así 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 por ello no opera el fenómeno prescriptivo sobre dichos valores. Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Conociendo en consulta y estudiando la apelación 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 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 privados de pensiones.

Finamente se confirmará la condena en costas a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda. Revisado el texto de las contestaciones a la demanda, se advierte que dichos fondos privados no solo se opusieron a las pretensiones de ANA CLAUDIA MARIAÁLVAREZ ECHAVARRÍA, sino que además plantearon

EXP. 30 2018 00708 01

Ana Claudia Maria Álvarez Echavarría Vs la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES y otros

controversia frente a los argumentos que ésta expuso, controversia en la cual resultaron vencidas.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA 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 dictada en primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en el evento de asumir la obligación pensional a favor de la parte demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos privados de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA 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. 30 2018 00708 01

Ana Claudia Maria Álvarez Echavarría Vs la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES y otros

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE BLANCA LIGIA RACHE CARDENAL CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre 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 PORVENIR S.A. y la parte actora, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 19 de agosto de 2021 por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por 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 María Juliana Mejía Giraldo, abogada inscrita a MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., y Winderson José Moncada Ramírez, quienes se identifican con T.P. 258.258 y 334.200, para actuar como apoderados principal y sustituto, 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 el memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, BLANCA LIGIA RACHE CARDENAL 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 ineficacia o, en subsidio, la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en mayo de 2002, con fundamento en que no se le brindó información oportuna, adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, las consecuencias de su traslado, la posible pérdida de

beneficios pensionales, requisitos de pensión en dicho régimen o la posibilidad de trasladarse nuevamente al RPM previo a estar incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Como consecuencia de lo anterior pide que se valide la afiliación en el RPM, sin solución de continuidad, y se ordene a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de aportes, rendimientos, *bonos pensionales* y demás conceptos relacionados con las cotizaciones, sin realizar ninguna deducción (ver demanda en archivo 00 folios 74 a 91).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones propuestas, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, pues así lo manifestó al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación, decisión ratificada por el posterior traslado al interior de dicho régimen y, en todo caso, era su responsabilidad legal mantenerse informada acerca de las condiciones pensionales que le eran aplicables. Resaltó que la pretensión de la demandante se encamina exclusivamente a obtener un beneficio económico, lo cual resulta contrario a lo señalado en la Sentencia C-1024 de 2004. Agregó que la demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, sin que previamente hubiera hecho uso de la facultad de retornar al RPM ni se encuentre cobijada por lo dispuesto en la Sentencia SU-062 de 2010. Propuso como excepciones de fondo: *hecho*

de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica y buena fe (ver contestación en archivo 04 folios 1 a 15).

Por último, dado que PORVENIR S.A. no allegó escrito de contestación, el juzgador de primera instancia tuvo por no contestada la demanda por parte de dicha entidad mediante auto del 30 de julio de 2021 (archivo 11).

Terminó la primera instancia con sentencia de 19 de agosto de 2021, mediante la cual el Juez Treinta (30) 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 providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora BLANCA LIGIA RACHE CARDENAL identificada con cédula de ciudadanía No. 40.022.136 (sic) del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por el extinto ISS hoy COLPENSIONES al del RAIS administrado por ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 1 de julio de 2002, conforme a lo expuesto. SEGUNDO: Declárese*

válidamente vinculada a la demandante BLANCA LIGIA RACHE CARDENAL al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por 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 la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es a partir del 1º de julio de 2002 hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados, conforme a lo expuesto. CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, 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 COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. SEXTO: CONDENAR en costas a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a favor de la parte actora. Líquidense por secretaría. Fijense como agencias en derecho la suma de \$3.488.000. SÉPTIMO sin condena constas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES. OCTAVO: Concédase el

grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 19 de agosto de 2021 – archivo 15 Hora 1:37:38).

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. omitió el deber de información que tenía frente a la accionante, ya que no le comunicó las condiciones para su expectativa pensional ni las consecuencias derivadas del cambio de régimen. Manifestó que, pese a encontrar en el interrogatorio de parte a la demandante que se informaron ciertas características de cada régimen, ésta fue insuficiente al punto que la entidad no fue clara en señalar que podría disminuir su mesada pensional. Finalmente, señaló que no resultaba procedente ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento pensional que pretende la parte actora en virtud de la introducción de un *hecho sobreviviente* del cumplimiento de la edad pensional durante el trámite de primera instancia, pues éste deberá ser estudiado por la entidad, una vez se encuentre en firme la sentencia que declara la ineficacia del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, presentó apelación parcial, por considerar que se debió reconocer el *hecho sobreviviente* de la edad de la

demandante y ordenar el reconocimiento pensional, situación que no podía haberse incorporado en el escrito de demanda inicial pues ocurrió en el transcurso del trámite. Resaltó que conforme a las pruebas allegadas se evidencia el cumplimiento de los requisitos pensionales, y por ello se podía condenar a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión (Audiencia virtual del 19 de agosto de 2021 – archivo 15 Hora 1:40:00).

En el recurso de PORVENIR S.A. su apoderado manifestó que se debe revocar la sentencia como quiera que la afiliación de la demandante al RAIS se efectuó de manera libre y voluntaria, como lo plasmó en el formulario de afiliación, único documento exigible para el momento del traslado el cual era el único medio exigido para la época, sin que sea dable exigir documentales cuya obligatoriedad se generó con posterioridad. Resaltó que en interrogatorio de parte la demandante confesó haber recibido información suficiente acerca de las diferencias entre uno y otro régimen, quien en ningún momento la demandante manifestó inconformidad durante su afiliación ni hizo uso de la posibilidad de trasladarse, incluso pese a haberse informado por medio de diarios de difusión masiva el año de gracia concedido en la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen. En cuanto a los gastos de administración, refirió que éstos se invirtieron en obtener los rendimientos, cuya devolución también se ordenó, así como en el pago de las primas de seguros previsionales, por lo que se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, máxime cuando no existe norma que así lo ordene, tal como lo ha resaltado la

Superintendencia Financiera. Finalmente, pese a conocer que este no es el momento procesal oportuno, señaló que son excesivas las costas impuestas, máxime cuando al momento del traslado la entidad no podía negarse al mismo y, en todo caso, las mismas también serían aplicables a COLPENSIONES como codemandada igualmente vencida en juicio (Audiencia virtual del 19 de agosto de 2021 – archivo 15 Hora 1:43:03).

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 privado de pensiones la demandante tenía 38 años de edad y había cotizado 488,86 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, 9 mes y 17 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 55 años – ver archivo 00 folios 67 y 92).

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 por COLPENSIONES a 18 de diciembre de 20202 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 toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita*

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 a 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”.*

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: “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* 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*”, pues 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 para la época del traslado PORVENIR S.A., en una asesoría verbal individual, únicamente le informó las bondades del cambio de régimen, por tener una cuenta individual que obtendría intereses, en que podría obtener una mejor mesada pensional y antes de cumplir la edad, que la *pensión* sería heredable o incluso pensionarse con menos semanas que en el ISS (1150 semanas) o retirar su *bono pensional*, si así lo deseaba. Omitió indicar que podría retornar al RPM (Audiencia virtual del 19 de agosto de 2021 – archivo 15 Min. 34:53). No reconoció en su declaración que hubiera recibido 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 “*saneamiento*” o *ratificación* de la afiliación la permanencia al interior del RAIS.

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 y 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 de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, los previsionales) conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵.

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 llegaren a causar en caso de 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 privados de pensiones.

En el mismo sentido, se confirmará en cuanto dispuso que COLPENSIONES debe estudiar la eventual prestación pensional, según las normas que sean

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”.*

aplicables, una vez PORVENIR S.A. efectúe la devolución de todos los valores ordenados y se consoliden los tiempos en su historia laboral. Solo desde ese momento se podrá definir válidamente la normatividad aplicable a la prestación y el monto de la mesada que en derecho corresponde al demandante.

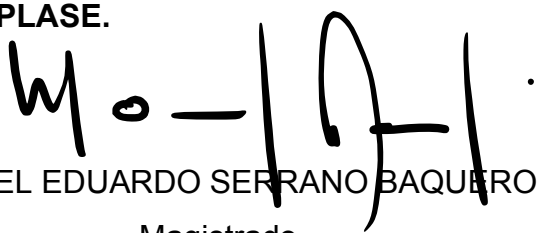
Finalmente, se confirmará la condena en costas a PORVENIR S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en archivo 01 folios 83 a 93), sin que dicha entidad se encuentre legitimada para cuestionar la falta de condena en costas en contra de COLPENSIONES, decisión que, en todo caso, podía tomar la juez de primera instancia de conformidad con la prosperidad de la demanda y el interés de las demandadas en el proceso (artículo 365 numerales 5 y 6 del CGP).

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 en el evento de asumir la obligación pensional a favor de la parte demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, conforme a la parte motiva.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

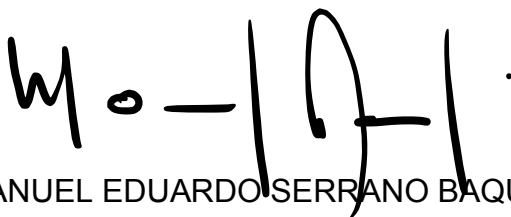
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-HI' 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 DIEGO ALBERTO AYALA MEJÍA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre 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 todas las demandadas, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2021 por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado

efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase (i) al doctor Nelson Segura Vargas, identificado con T.P. 344.222, para actuar como apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en los términos y para los fines del poder conferido en la Escritura Pública No 387 de 23 de junio de 2020 en la Notaría Catorce (14) del Circuito Notarial de Medellín, (ii) al doctor Winderson Jose Moncada Ramírez, identificado con T.P. 334.200, para actuar como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido, y (iii) 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 general conferido a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS SAS a través de la Escritura Pública No. 2232 de 17 de agosto de 2021 en la Notaría Dieciocho (18) del Círculo de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, DIEGO ALBERTO AYALA MEJÍA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la ineficacia y/o nulidad de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 26 de octubre de 1995, y del posteriori traslado horizontal entre fondos privados, con fundamento en que los asesores comerciales de la AFP PROTECCIÓN S.A. omitieron su deber de información por no hacer un análisis individual de su situación pensional en todas las etapas del proceso de vinculación, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para su disfrute pensional. Como consecuencia de lo anterior pide que se retrotraigan las cosas a su estado anterior como si nunca se hubiera trasladado de régimen, y se condene a: (i) COLPENSIONES a recibir al afiliado en el RPM; y (ii) a las AFP's PROTECCIÓN y PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones o aportes a pensión que recibieron durante la vinculación del demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración (ver folios 17 a 25 del expediente y subsanación en el archivo No. 3 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen del demandante se encuentra ajustado a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y por ende es un acto válido, que fue ratificado con el posterior traslado horizontal entre fondos privados del RAIS, y resaltó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición para trasladarse de régimen pensional. Además, advirtió que la inconformidad del demandante no es la falta de información para el momento del traslado, sino el valor de la mesada pensional que recibiría en cada régimen, y solicitó que ante un eventual fallo condenatorio se absuelva a COLPENSIONES del pago de costas y agencias en derecho. Propuso como excepciones de mérito: *perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica* (ver archivo 10 del expediente digitalizado).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, con fundamento en que la demandante decidió afiliarse al RAIS de forma libre, voluntaria e informada, sin presiones o engaños, después de recibir información de los asesores

comerciales del fondo privado sobre las características y diferencias de ambos regímenes pensionales, y para el efecto plasmó su firma en el formulario de afiliación en señal de conocimiento y aceptación. Por lo anterior, estima que su vinculación es válida y surtió plenos efectos, y advirtió que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión, y por ello no puede retornar al RPM. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica* (ver archivo 12 del expediente digitalizado).

Finalmente, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que su afiliación fue completamente válida, pues estuvo precedida de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a los lineamientos establecidos en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993, y advirtió que sólo hasta la

expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, a las administradoras de fondos de pensiones se les impuso la obligación de prestar asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general y de explicar las consecuencias del traslado de régimen. 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, buena fe* (ver archivo CD nominado “*DIEGO AYALA + ANEX CONTESTACION PORVENIR*” dentro del expediente digitalizado).

Terminó la primera instancia con sentencia de 15 de septiembre 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 providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor DIEGO ALBERTO AYALA MEJIA identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.621.838, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad*

administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a partir del 1° de noviembre de 1995, conforme a lo expuesto. SEGUNDO: Declárese válidamente vinculado al demandante señor DIEGO ALBERTO AYALA MEJIA 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es desde el 1° de junio de 1997 y hasta cuando se haga efectivo el traslado estos últimos los costos de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados. CUARTO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es desde el 1° de noviembre de 1995 a 31 de mayo de 1997 los que deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados. QUINTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro

individual del demandante, 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. SEXTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. SÉPTIMO: Condenar en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE (\$3.488.000) a favor de la demandante. OCTAVO: Condenar en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Por Secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.300.000) a favor de la demandante. NOVENO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. DÉCIMO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES” (audiencia virtual, hora 1, minuto 04:00).

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 PROTECCION S.A. no probó haber cumplido con el deber de información que tenía frente al accionante, consistente en brindar la debida ilustración,

asesoría y buen consejo sobre las implicaciones derivadas del cambio de régimen, y advirtió que tampoco se probó que dicha información haya sido brindada cuando operó posterior traslado a la AFP COLPATRIA (hoy AFP PORVENIR SA).

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de PROTECCIÓN SA, PORVENIR SA y COLPENSIONES.

La apoderada de PROTECCION S.A. pide que se revoque parcialmente el fallo de primera instancia en cuanto la condenó a la devolución de los descuentos que se efectuaron por concepto de comisiones de administración, pues se causaron durante la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo que en caso de entender que procede el traslado de dichas sumas, no se deberían trasladar los rendimientos financieros, los cuales solo se generan en el RAIS por mandato de la ley y no en el régimen de prima media (audiencia virtual hora 2, minuto 08:35)¹.

¹ “Gracias señor juez, señor juez y Honorables Magistrados de la Corte estando dentro del término procesal interpongo recurso de apelación al numeral tercero de la presente sentencia en cuanto a la condena de devolución de comisiones de administración a Protección S.A. y el cual argumento de la siguiente manera: Se debe tener en cuenta que la elección de dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante por estos conceptos se realizó como consecuencia de una exposición válida, exigible, aplicable y dirigente, no por capricho de mi

Por su parte, el apoderado de PORVENIR S.A. pide que se revoque en su totalidad la sentencia dictada en primera instancia, y de forma subsidiaria, la condena a trasladar las cuotas de administración y los valores del seguro previsional, y se revise la condena en costas. Afirma que el fondo privado no incurrió en ninguna falta, pues no fue el fondo con el que operó el traslado de régimen del demandante, y por mandato de ley debía aceptar el traslado horizontal que este realizó. Además, advirtió que PORVENIR le brindó al demandante asesoría en los términos establecidos en la ley para el momento del traslado horizontal, pero de todas formas, en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso el actor confesó que tenía conocimiento claro sobre las implicaciones de vincularse al RAIS, y con base en ello decidió trasladarse de régimen pensional libre de presiones y constreñimiento, y su voluntad de

representada, se trata de comisiones ya pactadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en el hipotético caso que se asuma que protección no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de esos conceptos a Colpensiones, no procedería entonces la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliado a mi representada y que fueron enviados a la AFP Porvenir, cuando la demandante realizó el traslado a dicha AFP. Pues estos se generan producto de la gestión y la buena administración y en este sentido solo daría lugar a que se traslada los aportes pero sin los rendimientos generados además en caso de declararse la nulidad e ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior por lo que deberán trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual del demandante sin los rendimientos generados ya que estos son exclusivamente generados en el régimen de ahorro individual por mandante de la ley, de haber estado todo este tiempo afiliada al régimen de prima media no hubiera ostentado tales rendimientos, muchas gracias señor juez.”

permanecer afiliado en dicho régimen se evidencia con la firma de distintos formularios de afiliación, los cuales se deben entender como actos de relacionamiento. Finalmente, en caso de confirmarse la condena a trasladar los valores que corresponde a las comisiones de administración, considera se deberían retener los rendimientos generados por la gestión de la AFP, y estima desmedida la condena en costas (audiencia virtual, hora 2 minuto 10:00)².

² *“Muchas gracias su señoría, encontrándome dentro la oportunidad procesal para el efecto me permito presentar recurso de apelación contra la decisión proferida dentro la sentencia de primera instancia su señoría. Sea lo primero manifestar que la materia o mejor el, la mat, el el objeto de mi recurso es que se revoquen todas y cada una de las decisiones proferidas en contra de mi representada todas y cada una de las condenas y el objeto versara sobre: primero la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, segundo sobre la condena impuesta a mi representada a la devolución de todos y cada uno pues de los recursos y dineros que entraron o que se descontaron al demandante con cargo a su filia, a su, a su afiliación y tercero en lo que corresponde a la .. consecuencia de la condena en costa. Su señoría sea lo primero indicar que este apoderado se aparta de manera respetuosa de la interpretación que realizó el despacho en la medida o de acuerdo con los siguientes argumentos: en primera medida es claro que de acuerdo con las pruebas que se recaudaron dentro del proceso pues mi representada no participó de manera directa en el traslado de régimen pensional que se realizó en el presente caso y participó pues en la medida en que recibió al demandante como afiliado cerca de dos años posterior a su vinculación inicial con PROTECCIÓN, en tal sentido pues mi representada no podía oponerse como lo manifestó el despacho a dicho traslado de régimen pensional como quiera que el artículo 112 de la ley 100 de 1993 insiste en que no se puede generar ningún no no puede negarse ninguna de las administradoras de fondo de pensióna recibir algún afiliado sin que se pueda llegar a comprobar la existencia de alguna de las prohibiciones y en el caso concreto pues el demandante no era o no estaba en curso en ninguna de las prohibiciones que establecen los artículos 60 y 61 de la ley 100 de 1993 como quiera que no era beneficiario de una pensión de invalidez y tampoco era mayor de 50 años al momento, al 1° de abril de 1994, razón por la cual no le correspondía a mi representada llegar a hacer ese tipo de desincentivo. En segunda medida también es claro su señoría que para la fecha en que se realizó este traslado de régimen pensional no existía un deber de información tal cual como lo delimitó la Corte Suprema de Justicia con la sentencias que inician la línea jurisprudencial de la 31989 del año 2008 sino que con las confesiones que dio por probadas el despacho al momento de la realización del interrogatorio de parte era, se podía*

dar cumplimiento a dicho deber de información, porque se se acep, referencia a este punto, porque de lo, de las preguntas que dio por confesadas el despacho particularmente en lo que corresponde al conocimiento de las características del régimen de prima media el demandante además de haberle dado por acreditada dicha confesión también manifestó que conocía las características al momento en que le fue, en que le fue cuestionado sobre el particular indico que conocía los requisitos que debía cumplir antes para el año 1995 al vincularse con el instituto de los seguros sociales de igual su señoría es claro también que conoció y tuvo la oportunidad de beneficiarse de las características y ventajas que le daba el régimen de ahorro individual tal cual como se pudo verificar también de las preguntas que se dieron por confesadas como quiera que al decir y en el momento en que se le preguntó de manera exacta cual fue la información que recibió y cuánto tiempo duro y al dar por confesadas dichas preguntas o la, o la información sobre dichas preguntas pues fue claro que el demandante tuvo la oportunidad de conocer esas características de los regímenes pensionales, en cuarta medida considera este apoderado que la interpretación que realizó el despacho o que ha realizado el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia se aparta de varias de las sentencias que han decantado y han aclarado aspectos puntuales en el expediente, en el presente sobre el particular me permito referir la sentencia SL 4806 del año 2020, en la en que, en la que entre otras cosas la Corte Suprema de Justicia establece de manera clara a que se refiere y define cada una de las palabras con las cuales califica el deber de información que se debió cumplir, para no extenderme sobre el particular quisiera que una de las palabra claves que entiende la Corte Suprema de Justicia sobre las calificaciones que debe tener este deber de informaciones es que la información sea oportuna y que entiende por oportuno la Corte Suprema de Justicia, que la información sea entregada no al momento en que se realizó el traslado de régimen pensional, en dicha sentencia lo que dice es que oportuno se entiende en que la información que se da debe permitirle al afiliado tomar o no alguna decisión en su futuro pensional con respecto al retorno o permanencia en un determinado régimen pensional y en el caso concreto por cuenta también de las confesiones que dio por acreditadas el despacho es claro que el demandante tuvo la oportunidad de recibir la información necesaria que le permitiera decidir si ratificaba o no su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual o si migraba nuevamente al régimen de prima media y ¿cómo se acude y como se llega a esta conclusión?, porque se dio por acreditada como parte de confesión la información que fue suministrada por Colpatria la momento en que se realizó ese traslado horizontal en tal sentido pues solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que revise de manera particular este punto como quiera que ese es el alcance que ha dado o a juicio de este apoderado, ese es el alcance que ha dado la Corte Suprema de Justicia al cumplimiento del deber de información en lo que corresponde a la oportunidad. En cuarta mediada, en quinta, en quinto med, en quinta mediada es claro también que, contrario a lo que manifestó y expuso en extenso el despacho considera este apoderado que si se da lugar a la existencia de un claro, de claros actos de relacionamiento y ¿en qué sentido se dan estos actos de relacionamiento?,

la existencia de varios formularios de vinculación así como la existencia de varias asesorías tal cual como se pudo colegir de la de la manifestación que realzo en su interrogatorio de parte el accionante, dan cuenta de su deseo real de mantenerse vinculado al régimen de prima media, de ahorro individual perdón, situación que la Corte Suprema de Justicia en las sentencia SL 3752 del año 2020 en las páginas 34 y 35, de manera precisa detalla y dice que ese deber de información no se mantiene o esa presunta simetría en el deber de información no se mantiene igual durante toda la vinculación sino que ella cambia y cambia en la medida en la que tiene la oportunidad de generar o de tener nuevas asesorías o nuevos traslados o genera nuevos traslados horizontales y dicha sentencia no establece o no dice que deba acreditarse de alguna forma particular dicho deber de información o la recepción de información de manera posterior, lo único que dice sobre el particular la Corte Suprema de Justicia es que la existencia de estos traslados horizontales son verdaderas actos de relacionamiento y son verdaderos criterios que le da al a los despachos para que tengan en cuenta que si se da una real ratificación sin que exista algún tipo adicional de, sin que exista algún tipo adicional de requisito para acreditar el cumplimiento de, de dicha, o la existencia de dicho acto de relacionamiento, situación que considera este apoderado que el despacho manifestó o que le dio ese alcance que no está de manera clara y precisa establecida en esa sentencia. En sexta medida su señoría y sobre ese punto particular quisiera indicar que tal vez, también por las, por como lo manifestó el despacho la posición que ocupaba dentro de las organizaciones a las cual perteneció el demandante dan cuenta de manera clara que no recibió ningún tipo de coacción o de situación que le impidiera manifestar de manera clara cuál era su voluntad de trasladarse a un nuevo régimen pensional, y ¿porque es importante este punto? porque el artículo 271 de la ley 100 del 1993 da clara cuenta de que para que no se dé, o mejor para que se cause la ineficacia como efecto de un traslado que no nace a la vida jurídica con todos los requisitos de validez es claro que esa conducta la puso en cabeza no solo del fondo de pensiones sino del empleador y de cualquier tercero, lo que quiere decir acá que más allá de un deber de información lo que la norma estaba protegiendo, o el deber, o el bien jurídico protegido era la libertad de elección sin ningún tipo de constreñimiento y así lo ha expresado o así lo expresó el legislador en ese momento, razón por la cual no es dable dar por, por ineficaz un traslado de régimen pensional que no tuvo o que no contó con ese tipo de constreñimiento en cabeza del afiliado, en ese punto su señoría me permito descender a la segunda parte de mi recurso y es en lo que corresponde a la, a la devolución de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, sea lo primero indicar sobre el particular como se explicó en buena parte al final de los alegatos de conclusión, la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales es un efecto que va más allá de la, de la declaratoria de ineficacia como quiera que en materia laboral no se le puede dar los mismos efectos que pudiera llegar a tener la figura de la nulidad absoluta o de la inexistencia en materia comercial o en materia civil como quiera que la Corte Suprema de Justicia en sus sala de casación laboral ha mantenido que esos efectos de la ineficacia en

Finalmente, la apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad. Afirma que el traslado de

materia laboral tienen que ser modulados y adaptados a las norma de carácter social y en el caso concreto llevar la ineficacia al extremo que se ha llevado en el presente proceso sería tanto como desconocer que el demandante durante los más de 23 años que ha estado vinculado con mi representada ha tenido cubiertos sus riesgos de invalidez y muerte en la medida en que sí, no lo permita ning, por ninguna circunstancia ni de, de manera infortunada llegara a sucederle algo al demandante que pudiera llegar a causar o una pensión de invalidez o una pensión de sobrevivientes, se encuentran esos aportes, y se encuentran pues se han descontado y pues se podría reconocer por parte de mi representada cualquiera de esas dos prestaciones al demandante, insistir en que se, mi representada a devolver esos recursos sería tanto como indicar que nunca se descontaron y que mi representada nunca cumplió con ese deber de información además con ese deber de cubrimiento de esos riesgos, perdón, de igual manera es claro que si este era el efecto que se le iba a dar también a la ineficacia pues debió haberse verificado si se han cumplido o no los contratos que dan cuenta de ese cubrimiento de esos riesgos de invalidez y muerte y en tal sentido pues no fue llamado a juicio ninguna de las aseguradoras con la cuales mi representado ha contratado dichos servicio, en segunda medida sobre este caso es importante indicar que los gastos de administración los ha descontado mi representada han permitido generar esos recursos o esos o esa mejoría en los frutos que generan los, la cuent, los saldos que están en la cuenta de ahorro individual del demandante por lo cual si se le permite o si se le ordena mejor a mi representada retornar dichos gastos debería tener la posibilidad de retener lo correspondiente a esos rendimientos financieros como quiera que sin dichos gastos de administración esos rendimientos financieros no se habrían generado, por ultimo me permito manifestar que considera este apoderado cuando menos desmedida la condena en costas como quiera que mi representada no se está oponiendo de manera caprichosa a las pretensiones de la demanda sino porque considera que existen argumentos claros como los ya expuestos y entre otras por lo menos tres de las pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que son aplicables al caso concreto razón por la cual pues también se solicita de manera respetuosa revisar dicha condena en costas cuando quiera que o como quiera mejor que mi representada no fue el fondo de pensiones que realizó el traslado de régimen pensional y tampoco podía oponerse a la decisión que tomó el señor demandante al momento de vincularse con COLPATRIA, en ese sentido su señoría dejo sustentado mi recurso de apelación para que si usted a bien lo tiene lo conceda y sea admitido y decidido en favor de mi representada por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, muchas gracias”.

régimen pensional tiene plena validez y que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2° de la ley 797 del 2003, y advirtió que no se pueden exigir de manera retroactiva los lineamientos sobre el deber de información contenidos en el decreto 2071 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y en la Circular 016 del 2016 de la Superintendencia Financiera. Finalmente, manifiesta que de conformidad con lo establecido en las sentencias del 8 de septiembre del 2008 radicado 31989 y del 2019 radicado 1421, se debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones incluyendo cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulaciones de bonos, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración (audiencia virtual, Hora 2, minuto 23:46)³.

³ “Muchas gracias su señoría, ante la decisión notificada de la entidad que representa nos vemos en la necesidad de sustentar recurso de apelación. El demandante actualmente se encuentra dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la ley 797 del 2003, aunando a que se afilió en principio al régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES luego se trasladó al RAIS por lo que dicho traslado tiene plena validez conforme al artículo 2 de la ley 797 del 2003 el cual modifico el artículo 13 de la ley 100 del 93, en ese orden de ideas y de conformidad con la norma citada el traslado a la fecha goza de plena validez y además de ello el traslado de régimen es una protesta única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, además es menester traer a colación lo dispuesto en artículo 107 de la ley 100 del 93, el cual expresa que todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado podrá transferirse voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro individual a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado o trasladarse a otra entidad administradora, lo cual permite concluir que para este caso en concreto es improcedente las solicitud de traslado del régimen pensional, de igual forma tampoco se demostró la existencia de un vicio en el consentimiento o de ir en contra de la buena fe en el momento en que se afilia al régimen de ahorro individual como se alega en

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,

la demanda y se expuso en la audiencia además para el momento de la afiliación era imposible percibir unos ingresos bases de cotización sobre los cuales cotizaría el demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real al momento de la filiación con los ingresos podrían variar en relación a los reportados en la historia laboral, es importante reiterar que no se logró demostrar que el demandante haya sido engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aun cuando permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y la administración, afianzando su decisión de estar en este régimen, por otra parte el 23 de octubre del 2015 se firmó el decreto 2071 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el cual indica que las administradoras de pensiones deben proporcionar a los afiliados información completa de los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisión en relación con su participación en cualquiera de los regímenes pensionales así mismo la Superintendencia Financiera colombiana mediante circular 016 del 2016 establece los mecanismos para que tanto las AFP como COLPENSIONES realicen asesoría en especial a las mujeres de 42 y hombres de 47 por cuanto a partir de la edad los ciudadanos no podían trasladarse de régimen sin antes haber recibido dicha asesoría pero dichas restricción no es retroactiva por lo que no es posible su aplicación en el caso en concreto, por otra parte cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado advierte algunas sentencias del 8 de septiembre del 2008 radicado 31989 y radicado 1421 del 2019, ahí que reintegra, ahí reintegrar la totalidad de las cotizaciones es decir, recursos de cuenta individual, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulaciones de bonos, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, conforme a lo expuesto anteriormente solicito muy amablemente sean tenidos en cuenta los argumentos aquí expuestos al igual que lo manifestado en el escrito de excepciones por lo que se presente, se revoque la decisión de primera instancia, muchas gracias”.

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 privado de pensiones, el demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 447,43 semanas⁴; 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, 6 meses y 2 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 60 años – ver archivo SAC-COM-AF-

⁴ Ver reporte de semanas cotizadas, archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1952-20210325080543 en la carpeta EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO E HLCC-16621838 del expediente digitalizado.

⁵ *Ibidem*.

2019_16669374-20191212114333 en la carpeta EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO E HLCC-16621838 del expediente digitalizado).

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

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

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

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

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 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*

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”.

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 PROTECCION 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 en la Corte, pues contrario a ello, indicó que para la época del traslado un asesor comercial de la AFP PROTECCION S.A. se presentó en su oficina, le habló que en el régimen privado obtendría mejores rendimientos y le afirmó que el ISS se quebraría dentro de poco, por lo que debía retirar sus cotizaciones del RPM. No obstante, no se le suministró información sobre los requisitos para acceder al derecho pensional en ambos regímenes pensionales, ni sobre las modalidades de pensión en el RAIS, ni sobre la

posibilidad de efectuar aportes voluntarios, y advirtió que la omisión en la afiliación se mantuvo con su traslado a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. (audiencia virtual, minuto 22:38).

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 *“saneamiento”* o *ratificación* de la afiliación la permanencia del actor en el RAIS o por posteriores traslados entre fondos pensionales; la afiliación inicial operó el 26 de octubre de 1995 a PROTECCIÓN S.A., y después se trasladó a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., mediante formularios suscritos el 16 de diciembre de 1996, el 14 de abril de 1997 y el 11 de mayo de 1998 (ver formularios de afiliación en folios 1 a 4 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, y a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración y comisiones que cobró durante el tiempo en el que el demandante estuvo afiliado en dicho fondo privado, 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), y por ello no opera el fenómeno prescriptivo sobre dichos valores. Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, los previsionales) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y dando respuesta a su apelación, 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 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 privados de pensiones.

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

Se confirmará la condena en costas a PORVENIR 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. Revisado el texto de la contestación a la demanda, se advierte que PORVENIR no solo se opuso a las pretensiones de DIEGO ALBERTO AYALA MEJÍA, sino que además planteó controversia frente a los argumentos que éste expuso, controversia en la cual resultó vencida (ver contestación en el expediente digital). Cualquier controversia sobre el valor de las agencias en derecho se debe hacer en el momento que define el artículo 366 del CGP.

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

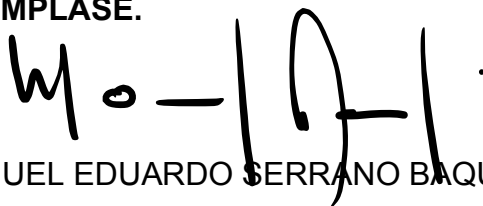
DECISION

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

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-191' 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 CAMILO URIBE ALVARADO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre 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 las demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2021 por el Juez Treinta 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 Brigitte Natalia Carrasco Boshell, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien se identifica con T.P. 288.455, para actuar como apoderada principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CAMILO URIBE ALVARADO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad y/o* ineficacia de la afiliación efectuada en el mes de agosto de 2001 ante el RAIS, con fundamento en que existió engaño y se incurrió en un error que vicio su consentimiento, manifestando que la AFP no cumplió con su deber de brindar información de manera completa y comprensible, dado que únicamente le indicó que el ISS se acabaría por lo que perdería sus aportes, mientras que en el RAIS tendría mayores rendimientos y podría pensionarse en cualquier momento, sin informarle acerca de la opción de retracto en su afiliación o posibilidad de retornar al RPM. En consecuencia, pide que se acepte su afiliación a COLPENSIONES sin solución de continuidad y se ordena a la AFP PORVENIR devolver a ésta los valores que hubiere recibido cotizaciones, *bonos pensionales* y sumas adicionales *de la aseguradora*, con los frutos, intereses y rendimientos (Ver demanda en archivo 02).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que el demandante únicamente pretende obtener beneficios económicos al encontrarse inconforme respecto del monto de la mesada pensional que recibiría en el RAIS. Afirmó que el traslado se dio de forma libre, espontánea y consciente, sin presiones que le hubieran ocasionado incurrir en error por falta de información o por la existencia de algún vicio, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, señaló que el *acto inexistente* se perfeccionó o la nulidad fue saneada, conforme los artículos 898 del C.Co. y 1752 y 1754 del C.C. Por último, el demandante no cumple los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo, según lo establecido en la Sentencia SU-062 de 2010. Propuso como excepciones de mérito: *hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica y buena fe* (ver contestación en archivo 08 folios 1 a 13).

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 bajo el argumento de que cumplió el deber de información para la fecha en que se realizó la solicitud, para que el actor tomara una decisión de manera libre, espontánea, y consciente, como lo afirmó en el formulario de vinculación, según el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, quien además como consumidor financiero, debía actuar con mediana diligencia e informarse sobre las implicaciones que tendría el traslado, las condiciones del sistema general de pensiones, las modalidades de pensión y sobre los derechos y obligaciones que le correspondían, máxime cuando la relación jurídica de afiliación es de carácter administrativo, por lo que el contenido no se puede acordar entre las partes sino que las obligaciones y los derechos son establecidos por la Ley. Agregó que para entonces la AFP no tenía obligación de brindar una asesoría que desincentivara la afiliación, ni de informar por escrito o realizar una doble asesoría sobre los beneficios puntuales de cada régimen, pues esos requerimientos surgieron con posterioridad. Sin perjuicio de ello, resaltó que no se estableció un daño claro, cierto y determinable en el afiliado. Por último, señaló que, en todo caso, es improcedente el traslado de los gastos de administración y la prima del seguro previsional, en tanto ambos cumplieron con su cometido durante la vinculación del actor, conforme lo exigido por la Ley. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en archivo 09 de folios 1 a 23).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de septiembre 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 providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor CAMILO URIBE ALVARADO, identificado con la C.C. No.*

19.353.869, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a partir del 1º de octubre del año 2001, conforme a lo expuesto. SEGUNDO: Declárese válidamente vinculado al demandante señor CAMILO URIBE ALVARADO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy en día por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de acuerdo a lo indicado en la parte motiva. TERCERO: CONDÉNESE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, por el período en que permaneció en dicho régimen, esto es, desde el 1º de octubre del 2001 y hasta cuándo se haga efectivo el traslado. Estos últimos, o sea, los costos cobrados por concepto de administración, deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora, pero además deben 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, 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: CONDENAR en costas de esta instancia a la administradora del fondo de pensiones y cesantías PORVENIR. Por secretaría liquídesen (sic) e inclúyasen (sic) por concepto de agencias en derecho la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS (\$3.488.000) a favor de la parte 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” (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 – archivo 25 Hora 1:40:58).

Para tomar su decisión, el Juez concluyó que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar que se le brindó información veraz, comprensible y suficiente sobre las implicaciones del traslado de régimen, las condiciones y características del RAIS y las diferencias sustanciales entre este y el RPM, por lo que el traslado resulta ineficaz.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., en recurso, pide que se revoquen las condenas impuestas, con fundamento en que el caso se debe analizar de manera concreta, en el que no se configuran causales suficientes que invaliden el acto jurídico, como lo confesó el demandante en interrogatorio de parte, respecto de la información que se le suministró a su traslado en el año 2001, según la normatividad prevista para la época, la cual ha sido suministrada a través de diferentes canales. Agregó que no es creíble que desconociera el deber de información al ser el gerente y representante legal de una compañía. Respecto de la condena a devolver los rendimientos financieros junto con los gastos de administración y las sumas por concepto de seguros previsionales, advierte que ello resulta contrario a las consecuencias de una declaratoria de ineficacia y, en todo caso, los últimos ya cumplieron su función, con arreglo a la Ley, sin que se pueda desconocer la gestión de la administradora y cobertura de riesgos de invalidez y muerte que se brindó al demandante, valores que ya no se encuentran en poder de PORVENIR (audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 – archivo 25 Hora 1:43:34)¹.

¹ “Muchas gracias su señoría, estando dentro de esta oportunidad procesal presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando en primera medida al Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad laboral, se sirva de revocar las condenas impuestas en contra de mi representada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones. En primera medida honorables magistrados, si bien es cierto la extensión o precedente jurisprudencial es bastante amplio y pacífico en materia de ineficacia, el traslado de régimen pensional la misma corporación también ha señalado que se deben analizar pues de manera concreta las particularidades de los afiliados demandantes, en ese entendido pues no se puede aplicar de manera homogénea este

precedente a todos los casos donde se pretende la nulidad o ineficacia del traslado para esta, para mi representada en el caso que nos convoca el día de hoy no se configuran causales suficientes que lleguen a invalidar este acto jurídico de traslado de régimen pensional tal como lo manifestó el señor Juez en sus consideraciones al emitir el fallo correspondiente, si bien el señor demandante, pues a través de su interrogatorio se logra obtener confesión al respecto de la información que le fue suministrada para el año 2001 también es de recordar que para ese momento mi representada pues cumplió a cabalidad con todas esas cargas en materia de información y también lo hizo a lo largo de la vinculación del señor demandante por más de ya casi 20 años en ese entendido su señoría pues, honorables magistrados consideramos que la sentencia de instancia no se hizo una valoración objetiva respecto de estas confesiones realizadas por el demandante ni tampoco de la normatividad pues que versaba sobre el deber de información y que recae sobre mi representada, es por eso honorables magistrados que consideramos que el acto jurídico de traslado de régimen pensional reviste de completa validez y en ningún momento que se configuran causales suficientes para declararlo ineficaz en el entendido de que si bien, pues tal como lo ha manifestado en la misma Corte Suprema Justicia el deber de información pues ha existido desde la misma creación de las AFP's privadas y mi representada pues no ha desconocido este deber y en ese entendido pues se le ha subido al señor demandante de manera permanente a través de los extractos de su cuenta ahorro individual y a través de los diferentes canales que ha dispuesto mi representada tal como lo son los, páginas web puntos de atención y físicos y virtuales, asimismo pues los canales telefónicos para que los afiliados y los potenciales afiliados, también como el público en general, pues puedan acceder a toda la información que consideren necesaria respecto de características esenciales de este régimen y del régimen concretamente del, del fondo administrado, pues concretamente por Porvenir. Ahora bien, también pues no se puede exigir a mi representado un deber de doble asesoría ni un buen consejo como quiera que pues bien estás cargas únicamente fueron impuestas con mucha posterioridad al año 2001 y en ese entendido pues mi representada pues tampoco estaba obligada a lo imposible ni tampoco pues aplicarle a la ley unos efectos ultractivos y retroactivos que pues bien, no, no, no son dables también pues la honorable Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado al respecto en sentencia C 329 del 2001 en la cual pues señaló que las disposiciones normativas y los efectos que produzcan las leyes en el tiempo, pues tienen un carácter expresamente de vigencia al momento en que se celebren los contratos o actos jurídicos entre personas en este entendido pues no se podía, pues por parte de mi representada, pues prever un desarrollo normativo que iba pues a hacer más exigible este deber de información y en ese entendido pues que no se han advertido consecuencias o desventajas del régimen no significa que no se le haya brindado información suficiente para que el señor demandante pues tomará la libre decisión de vincularse o no al fondo Porvenir, asimismo pues resalta y llama la atención las calidades en las que fungía el señor demandante para el momento de su afiliación, pues recordemos que era el gerente y representante legal de la compañía, por lo cual pues no dable o creíble para mi representada pues que no, o como no se asesoró en debida forma máxime pues cuando tiene un deber con el mismo y con sus trabajadores y personal a cargo. De igual manera pues su señoría y honorables magistrados nos apartamos respetuosamente de la condena de devolver conjuntamente rendimientos financieros con gastos de administración, que si bien pues la figura de la ineficacia que se ha aplicado el día de hoy, pues tiene que el negocio jurídico no se realizó y se deben devolver las cosas a su estado inicial, pues los rendimientos financieros podrían al señor demandante en una condición diferente de haber permanecido vinculado al régimen de prima media, al respecto pues también la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en sentencia C 3201 del año 2018 en la cual pues advirtió que el traslado de estos rendimientos financieros pondrían a los demandantes en una condición distinta a la que se hubiesen encontrado de haber permanecido en el régimen de prima media recibieron unos dineros que no se generarían en este régimen, por lo cual serían una clara contravención con lo establecido en el artículo 897 el Código de Comercio, también pues las sumas por concepto de seguros previsionales y gastos administración pues ya han sido entregadas a las aseguradoras correspondientes, amparando al señor demandante frente a los riesgos la invalidez o la muerte y frente a los gastos de administración pues también se han ido agotando en la correcta administración de sus recursos, generando unos rendimientos financieros bastante.. que hoy en día pues hace mucho más favorable su ahorro pensional. Es por lo cual, también la Superintendencia Financiera se, se ha pronunciado y ha establecido que estos traslados se deben hacer hacia la luz del decreto 3995 del año 2008 en su artículo séptimo, cuya disposición normativa pues contempla las restituciones mutuas que deban realizar cuando se ordenen estos traslado de régimen pensional y producto de nulidades e ineficacias. En ese entendido pues consideramos que tener una norma que regula tal situación no debe ser razón entendible para... e incluir conceptos que mi representada, pues en los anteriores términos, solicito muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá,

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado argumentó que la sentencia es *dilatoria* de las normativas legales, pues el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado contenida en la Ley 797 de 2003 sin que resulte válido que no se informó previamente y durante sus más de 20 años de afiliación y aportes al RAIS, por razones de trabajo, como lo manifestó en su interrogatorio de parte. Resaltó que las innumerables sentencias que han declarado la *nulidad* de traslado, constituyen una enorme carga prestacional para la entidad y afectan su sostenibilidad financiera, especialmente cuando COLPENSIONES no ha participado en tales actos de afiliación declarados ineficaces. En consecuencia, pide que en caso de la declaratoria de *nulidad* se condene a la AFP al reconocimiento pensional o, en su defecto, se incluya además de los gastos de administración, el monto de los seguros previsionales y todo valor que haya sido descontado de la cuenta de ahorro individual del demandante. Por último, solicitó que también se la absuelva de la condena en costas en segunda instancia (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 – archivo 25 Hora 1:49:40)².

en su sala laboral revocar las condenas impuestas en contra de mi representada en los anteriores términos dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

² “Sí muchas gracias, estando dentro de la oportunidad legal correspondiente presento recurso de apelación, señores magistrados esta representación presenta recurso de apelación en vista de que la sentencia emitida por el Juzgado 30, dicha sentencia es *dilatoria* de normativas legales como lo son el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, artículo 113 de la Ley 100 de 1993, artículo 9, 11, 1509 y 1754 del Código Civil ya que dicha sentencia no reconoció ni tuvo en cuenta al momento de dictar el fallo que el demandante, pues, estuvo.. y (...) su afiliación con los más de 20 años que ha realizado cotizaciones en Porvenir y tampoco fue a qué encontrar en la prohibición legal ya que como indicó en su interrogatorio de parte, dejó pasar el tiempo por razones de trabajo, circunstancias que pues llevan a concluir a esta representación que pues no se preocupó por su futuro pensional el señor Camilo Uribe, dicha situación se cuenta probada en el presente en proceso de primera instancia y pues no es dable igualmente condenar a Colpensiones a recibir esos aportes, esos aportes del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a Colpensiones para una, para el reconocimiento de una posible prestación ya sea de riesgo o de vejez, de muerte o invalidez, por qué razón señores magistrados, las, las, las distintas demandas y sentencias de nulidad que, que han declarado la nulidad de los traslados en innumerables casos, dichas sentencias han generado un fuerte detrimento patrimonial a la entidad que represento, ya que Colpensiones le ha tocado reconocer pensiones a personas que no estuvieron afiliadas, ni realizaron cotizaciones durante un buen tiempo en el régimen de prima media, ya que se tuvieron que reconocer a consecuencia de una nulidad o una ineficacia de traslado ordenados por un Juez de la República, igualmente señores magistrados, pues es evidente que dicha situación va incrementando el desfaldo de Colpensiones ya que pues al una persona no estar afiliada y realizando cotizaciones constantemente a Colpensiones, pues obviamente se afecta gravemente los intereses de Colpensiones porque los rendimientos que se van a obtener igualmente de las cotizaciones hechas pues van a afectar gravemente a la bolsa común, que son todos los afiliados que se encuentran en el régimen de prima media. Por tal motivo señor magistrado solicitó que si, en caso de confirmar la presente sentencia pues al menos la modifique y en el sentido de que pues

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*

se condene a Porvenir ya que ellos fueron los que fallaron en la omisión de la información, ya que ellos fueron los que no le brindaron la supuesta información al señor Camilo Uribe, pues que sean ellos que le asuman una posible pensión...las reglas que establece el régimen de prima media de Colpensiones para que sientas o para que vean que efectivamente existe, si existe una estabilidad financiera por parte de Colpensiones al reconocer pensiones a causa de ineficacia del traslado o nulidades ordenadas por jueces de la República, por eso señores magistrados solicito que se estudie dedicadamente los presentes casos de nulidad, en especialmente, especialmente este y señores magistrados pues que se ordene igualmente a Porvenir a que sean ellos que reconozcan como excepción a la norma que sea ellos los que reconozcan conforme al régimen de prima media una posible prestación pensional a señor Camilo a causa o a consecuencia de la omisión de información a la que, a la que incurrió porque señores magistrados, esta es la, la verdadera justicia, la verdadera justicia es darle a cada quien lo que le corresponde, lo justo es darle a Colpensiones el reconocimiento...de una obligación a Colpensiones de un posible reconocimiento pensional a causa de una nulidad de traslado o una ineficacia donde Colpensiones nunca participó y nunca fue partícipe de quien debe aportar, afrontar las consecuencias de dicho traslado. Igualmente señores magistrados en caso de no tener en cuenta las presentes afirmaciones, pues solicitó igualmente que en caso de confirmar la sentencia pues igualmente solicito que también se condene a Porvenir a devolver además de los gasto administrativo, de los gastos de administración también devolver los seguros previsionales y cualquier otro dinero que fuera descontado de la cuenta de ahorro individual del señor Camilo Uribe, con el fin de al menos sopesar un poco el sistema financiero de Colpensiones de esta forma señores magistrados dejó expuesto el recurso apelación y solicitó que igualmente en segunda instancia se absuelva a mi representada también de la imposición de condena en costas tal como lo hizo el Juez 30 Laboral, muchísimas gracias señores magistrados.”

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al fondo privado de pensiones el demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 1.107,14 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 8 años, 4 meses y 23 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda contaba con la edad mínima para adquirir la pensión (tenía 62 años – ver archivo 01 folio 16 y archivo 03).

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES, visible en el archivo 01 folios 24 a 28 y en el expediente administrativo.

⁴ *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^{5 6}, 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*

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”.*

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 SL1689 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* 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 contrario a ello indicó que trabajaba como gerente cuando fue visitado por una asesora de la AFP en el 2001, quien únicamente le informó que el traslado sería una gran ventaja porque el Seguro Social tenía *mala fama*, iba a colapsar, y perdería los aportes al ser un *sistema corrupto* y financieramente en mal estado, mientras que al trasladarse obtendría una pensión de mayor cuantía y sus recursos serían heredables. (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 – archivo “11001310503020200035000-20210927_143638-Grabación de la reunión” Min. 19:18). En ningún momento afirmó haber recibido información completa respecto a las condiciones, las características, las ventajas y las 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*” del acto la *ratificación* del actor por el paso del tiempo (ver formulario de afiliación en archivo 09 folio 32).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la devolución todos aportes efectuados por el

demandante junto con sus rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración durante su afiliación en dicha administradora, 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, conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1995 (sentencia SL 1688 de 2019).

Por último y en respuesta al recurso de apelación interpuesto por 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 causen en el evento de 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 privado de pensiones.

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

DECISIÓN

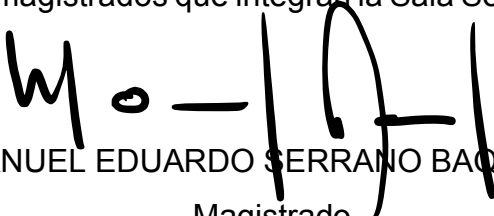
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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 en el evento de asumir la obligación pensional a favor de la parte demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, conforme a la parte motiva.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

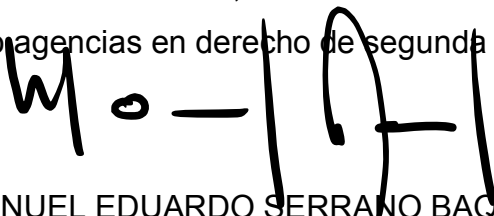
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLUYASE en la liquidación de costas, la suma de SESICIENTOS 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**

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE RENÉ SARMIENTO MEDINA CONTRA
COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A.**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre 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 el demandante contra la sentencia dictada por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de junio de 2021. En ella, se DECLARARON probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y se ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, RENÉ SARMIENTO MEDINA presentó demanda contra la COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de una relación laboral a término indefinido regida por el contrato suscrito el 21 de enero de 1991 y su adición del 1 de septiembre de 2009 y se ordene el pago del 53,85% adicional al valor de la indemnización cancelada por terminación unilateral del vínculo, así como los ajustes en los porcentajes a cargo del empleador por aportes a seguridad social en pensiones, conforme a lo realmente devengado según los desprendibles de nómina.

Como fundamento de lo pedido, afirma que se vinculó laboralmente mediante contrato de trabajo No. AA-151811/1661 del 21 de enero de 1991, modificado mediante *cláusula adicional* del 1 de septiembre de 2009, cuyo numeral 2 señaló "(...) *en caso de terminación del contrato de trabajo sin justa causa por parte de LA EMPRESA, la indemnización se liquidara (sic) tomando como base el parámetro vigente de ley, incrementado en un 53.85%*". El 26 de abril de 2018 la convocada dio por terminado de manera unilateral el vínculo y procedió a cancelar la indemnización correspondiente en dos pagos por "\$ 260.203.412" y "\$ 8.311.764", pero omitió el cumplimiento de la referida cláusula contractual. Afirma además que los pagos efectuados al sistema general de seguridad social en pensiones no corresponden con lo *efectivamente pagado*, según los desprendibles de nómina (archivo 01 folios 4 a 8).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A., mediante apoderado, quien se opuso a todas las pretensiones, afirmando que la relación de trabajo se rigió, además de las normas aducidas en la demanda, por las modificaciones pactadas el 1 de junio de 1999, el 29 de diciembre de 2003, el 6 de mayo de 2008, el 20 de octubre de 2011, el 3 de agosto de 2012 y el 15 de diciembre de 2014, en éste último acuerdo se dejaron sin efecto las modificaciones previas ente ellas la adición a la indemnización por despido que aquí se reclama. Aduce que la sociedad pagó durante la relación de trabajo las *prestaciones sociales* y los aportes a seguridad social en pensiones con el salario percibido. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación pretendida, cobro de lo no debido, carencia del derecho reclamado, enriquecimiento sin causa, prescripción y compensación, buena fe y genérica* (archivo 01 folios 105 a 115).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de junio de 2021, en la cual el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y, en consecuencia, ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación pretendida y cobro de lo no debido, conforme a las consideraciones expuestas. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada, COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante RENE SARMIENTO MEDINA. TERCERO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de la demandada. Tásense por secretaria, como agencias en derecho, la suma de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes (3 SMLMV). CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable al demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta” (Audiencia virtual del 24 de junio de 2021 – archivo 08 Min. 55:40).

Para tomar su decisión, el Juez encontró demostrado que los pagos de aportes a seguridad social se efectuaron sobre el total de la base salarial aplicable según las normas laborales vigentes, y que la liquidación de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo se efectuó de conformidad con lo pactado en la última modificación al contrato que estableció, de manera expresa, la forma en la que se elaboraría la bonificación adicional por despido injusto, y se dispuso dejar sin efectos cualquier convenio previo en la materia.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada del demandante la apeló afirma que el juzgado no tuvo en cuenta que en el documento suscrito en 2014 se dejaron sin efecto únicamente acuerdos previos relativos a la *“remuneración del trabajador”*, y no la suma adicional a la indemnización por despido que se había pactado en el año 2009 que aquí se reclama. De otro lado, señaló que las costas impuestas son excesivas para una persona en la situación económica del actor (Audiencia virtual del 24 de junio de 2021 – archivo 08 Min. 56:38)¹.

¹ *“Eh... señor juez, estando en el término establecido para lo correspondiente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia emitida por su despacho en los siguientes términos: Eh... para esta libelista es importante recalcarle a los señores magistrados que el a quo no, al hacer la revisión de los documentos allegados al proceso a esto de las cláusulas adicionales al contrato, no tuvo en cuenta que el corre... lo correspondiente al documento firmado en el año dos mil nueve (2009) por las partes y el cual se pretende... se pretendía hacer valer con esta demanda, eh... era sobre una indemnización, esto es el inciso 4 en el*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes se ejecutó un contrato de trabajo de término indefinido entre el 21 de enero de 1991 y el 26 de abril de 2018, el cual terminó por despido sin justa causa, y (ii) que el vínculo fue objeto de modificación en cláusulas adicionales suscritas el 1 de septiembre de 2009 y del 15 de diciembre de 2014 (archivo 01 folios 9, 10, 16 a 20, 142, 145 y 146).

La controversia que puede estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir (i) si hay lugar al reconocimiento y pago de un 53,85% adicional al valor de la indemnización cancelada por terminación unilateral del vínculo y (ii) en caso de confirmar la decisión, si hay lugar a modificar el valor de las costas impuestas a la parte actora.

mismo documento y no... indemnización por despido sin justa causa en la que se pactó el 53.85% incrementado de lo de ley eh... y no por lo que correspondía a remuneración del documento que se aportó con fecha posterior y que hizo valer el despacho como documento del dos mil catorce (2014) esto es muy importante para nosotros dejar claro e insistir que lo que se pactó en el documento del dos mil catorce (2014) eh... en el numeral en la numeral octavo que dice expresamente que manifiesta que con ese co... documento deja sin efecto cualquier otro documento anterior suscrito entre las partes y abro comillas 'respecto a la remuneración del trabajador' eh... no se tuvo en cuenta por el despacho, eh... lo que se pretendía con esta demanda era hacer valer eh... una indemnización y un pacto sobre la misma y no sobre las remuneraciones de tipo salarial, eh... para esta libelista se insiste en que hubo una eh... uhm mala interpretación, no se tuvo en cuenta esto, es decir; que el la numeral octavo(8) no dejaba sin validez, no dejaba sin valides el tema de... el incremento sobre la indemnización, situación que en los alegatos de den del proceso se dejó muy claro que la respecto a la remuneración que es un elemento del contrato, es bien diferente a una indemnización como subrayamos porque se debió liquidar con base en este 53.85% teniendo en cuenta que eh... no son iguales, que no corresponden a lo mismo, que no son valores que se corresponden de... de manera igual, que indiscutiblemente eh... la bonificación por retiro es un pago extralegal indiscutiblemente de carácter no salarial y la remuneración es... es indiscutiblemente denominada constitutivo de salario eh... eh, solicito a los honorables magistrados se de revisión a lo correspondiente a este punto dentro de la sentencia y de la misma forma se tenga en cuenta que las costas son un poco eh, altas para una, para un demandante que eh, eh go... en estos momentos se encuentra en unas condiciones económicas que de las cuales no puede acceder a sus a sus pretensiones, entonces le solicito también en dado caso eh dependiendo de la repuesta de los magistrados y la revisión que se haga de esta situación se revise también las costas señor juez, muchas gracias".

(i) Según lo disponen los artículos 38 y 13 del CST, y 53 de la constitución política, las partes en el contrato de trabajo pueden acordar las condiciones de la relación siempre y cuando respeten en sus estipulaciones el mínimo de derechos que en favor del trabajador consagran las normas legales². Por ello el válido y vinculante el pacto de condiciones encaminado a mejorar o superar las garantías mínimas establecidas por el legislador, y es válido vinculante el pacto que modifique acuerdos anteriores hasta el límite que imponen las normas legales. El valor de la indemnización por despido injusto la tasa la Ley en el artículo 64 del CST.

En el caso bajo estudio las partes acordaron, en cláusula adicional al contrato de trabajo suscrita el 1 de septiembre de 2009, que unos pagos que recibía el trabajador no tendrían carácter salarial ni prestacional (*auxilio monetario por vivienda, aporte vol. Inst plus, y aporte voluntario*) y dispusieron frente al ingreso base de liquidación de la indemnización por despido injusto, lo siguiente: “[e]n caso de terminación del contrato de trabajo sin justa causa por parte de LA EMPRESA, la Indemnización se liquida tomando como base el parámetro vigente de ley, incrementado en un 53.85 %” (archivo 01 folio 142).

Dicho acuerdo fue derogado expresamente por las partes en el numeral 8 de una cláusula adicional firmada con posterioridad, el 15 de diciembre de 2014, en la cual dispusieron: “LAS PARTES expresamente manifiestan con el presente documento que dejan sin efecto cualquier otro convenio anterior suscrito entre ellas respecto de la remuneración EL (sic) TRABAJADOR(A)”. En este último convenio las partes dispusieron también la exclusión salarial de unos conceptos, y acordaron que el pago de la indemnización por despido injusto se haría incluyendo en la base de liquidación una bonificación “equivalente al valor que falte para completar el cien por ciento (100%) del ingreso mensual que reciba al momento del retiro” es decir la totalidad de los ingresos (archivo 01 folios 145 y 146).

² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-1040 de 2001.

No se advierte que la intención de las partes fuera crear un doble beneficio en caso de despido sin justa causa del trabajador -como afirma el recurso- sino el cambio de lo que se había acordado previamente frete a la exclusión salarial y la consideración de ingresos en la *base* de liquidación de la indemnización por despido injusto.

La Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral- ha dicho que la interpretación de las cláusulas contractuales debe hacerse “*a la luz de elementos pragmáticos-contextuales que permitan desentrañar la intención de las partes. Por este motivo, para descifrar adecuadamente sus intenciones y propósitos es imprescindible el contexto, así como los sobreentendidos, presuposiciones e inferencias razonables que dan por sentadas las partes al emitir los actos jurídicos*”³.

Como del contenido de la cláusula adicional suscrita el 15 de diciembre de 2014 se advierte la *intención o propósito* de las partes de establecer nuevas condiciones para el calculo de la base de liquidación de la indemnización por despido injusto, dejando sin efecto cualquier pacto previo, se confirmará la decisión apelada que llegó a igual conclusión.

ii) asimismo se confirmará la condena en costas de primera instancia que impuso la sentencia al demandante, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, como ocurrió en el caso con la parte demandante, sin que sea este el momento procesal oportuno para discutir el monto de las *agencias en derecho*, según lo dispone el numeral 5º del artículo 366 *ibídem*.

Por el resultado del recurso, las COSTAS de la apelación corren a cargo del demandante.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5159-2018 Rad. 68303 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



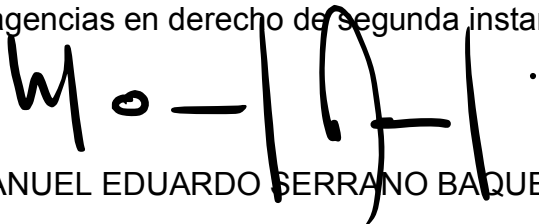
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CIEN MIL PESOS MCTE (\$100.000), 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 JORGE ENRIQUE TÉLLEZ ORDÓÑEZ
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., veintinueve (29) de octubre 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2021 por el Juez Treinta y Dos (32) 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 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 Dannia Vanessa Yusselly Navarro Rosas y Liseth Dayana Galindo Pescador, quienes se identifican con T.P. 121.126 y 215.205, 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, JORGE ENRIQUE TÉLLEZ ORDÓÑEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* o, en subsidio, la ineficacia e *inoperancia* de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido en marzo de 1999, con fundamento en que los asesores de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., lo engañaron al no asesorarlo de manera clara, veraz, oportuna, suficiente y cierta respecto las diferencias, características, requisitos para acceder a las prestaciones, riesgos, ventajas y desventajas de cada régimen, ni efectuar proyecciones sobre el derecho pensional que le asistiría, pues se limitaron a indicar que tendría mayor rentabilidad y un monto pensional superior. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS *restituir* la totalidad de los valores obtenidos por su vinculación, como cotizaciones y *bonos pensionales* (ver demanda en archivo 01 folios 4 a 29).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado, presentó escrito por medio del cual se allanó a lo pretendido en su contra, en tanto no cuenta con documental adicional al formulario de afiliación en el que el demandante manifestó su voluntad libre de trasladarse en virtud de las normas legales vigentes para la época, para la cual no existía el deber de elaborar cálculos o proyecciones pensionales. Solicitó no ser condenada en costas (Ver contestación en archivo 1 folios 135 a 137 y archivo 08 fols 2 a 7)

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el traslado se realizó de manera voluntaria en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen, y quien fue negligente en consultar su situación pensional fue el demandante. Al trasladarse se sometió a las reglas legales del RAIS para el cálculo de su mesada pensional, y permaneció afiliado de manera ininterrumpida a través de las 2 AFP demandadas quienes debieron brindar la información pertinente y, como consumidor financiero, no puede excusarse en la ignorancia de la Ley que genera un error de derecho y por ello no vicia el consentimiento. Así mismo, resaltó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, y no cumple las condiciones señaladas en la sentencia C-062 de 2010. Propuso como excepciones de fondo: *validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 8 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 138 a 158).

A su vez, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también contestó la demanda, mediante apoderado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que el traslado efectuado por el demandante se realizó de manera consciente y espontánea, y cumplió con los requisitos establecidos las normas vigentes para la época pues se efectuó con la entrega de información necesaria, veraz y suficiente, sin que existiera obligación de asesoría al punto de desincentivar la afiliación sobre los regímenes pensionales ni el monto que obtendría, máxime cuando este no se ajustaría a la realidad pues existen variables que impiden tener exactitud en la proyección. Adicionalmente -dice- no toda omisión de información vicia el consentimiento, pues se requería una afectación o daño real y no abstracto o especulativo, lo cual no está

demostrado en el presente trámite, y no puede limitarse a la eventual diferencia en el monto de las prestaciones en cada régimen; en todo caso, el demandante omitió todas las oportunidades que tuvo para realizar nuevamente el cambio de régimen. 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 contestación archivo 01 folios 170 a 193 y archivo 07 folios 2 y 3).

Terminó la primera instancia con sentencia de 14 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y Dos (32) 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 formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante JORGE ENRIQUE TÉLLEZ ORDÓÑEZ a través de COLFONDOS S.A., de fecha 20 de noviembre de 1998, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora. CUARTO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de aportes y rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración. QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante JORGE ENRIQUE TÉLLEZ ORDÓÑEZ como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba*

afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (2) SMLMV. Sin costas respecto de COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.” (Audiencia Virtual del 14 de septiembre de 2021 - archivo 15 Hora 1:13:15).

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 COLFONDOS S.A. se allanó a lo pretendido y no aportó prueba alguna de haber brindado información suficiente sobre las particularidades de cada régimen para entender que el traslado fue libre, consciente y voluntario, pues para el efecto resulta insuficiente la suscripción del formulario de afiliación. Agregó que no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por el demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso de COLPENSIONES, su apoderada pidió que se revoque la decisión, pues se omitió el principio de relatividad jurídica en virtud del cual los actos tienen efectos interpartes y por lo tanto no pueden afectar a dicha entidad, que es un tercero frente a la relación que existió entre el actor y las AFP demandadas por incumplimientos en el deber de información, omisiones que no pueden perjudicar a COLPENSIONES o la sostenibilidad financiera del Sistema, pues es ésta entidad quien tendría que reconocer un eventual derecho pensional a favor del afiliado. En caso de confirmar la decisión, solicita que sean tales AFP's quienes asuman el mayor valor necesario para el reconocimiento de la mesada pensional y los perjuicios que se generen a la

entidad con el traslado (Audiencia Virtual del 14 de septiembre de 2021 - archivo 15 Hora 1:15:11)¹.

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderado pide que se revoque la condena a la devolución de los gastos de administración y los valores de los seguros previsionales, con fundamento en que existe una vulneración al principio de legalidad, pues además del formulario de afiliación se exigen documentos que fueron requeridos en normas posteriores a la afiliación y, en

¹ “Su señoría, respetuosamente interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: Le solicito al honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, revocar la sentencia de primera instancia en condenar a Colpensiones, toda vez que el Juzgado 32 al momento de dictar la sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, bajo el entendido de que COLPENSIONES fue y en este momento es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y las AFP codemandadas, y en razón a que los todos actos jurídicos tienen efectos interpartes, independientemente de la decisión adoptada por el despacho, mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con tal decisión, tal como se manifestó en los alegatos de conclusión realizados en esta audiencia y por esta apoderada, se solicita a la sala igualmente se estudie de manera atenta el escenario donde las AFP solo cumplen con su deber legal de información de acuerdo a las pruebas obrantes en el proceso, no acarrear consecuencias con esta declaratoria de ineficacia, pero Colpensiones, que como ya lo he dicho es un tercero y no tuvo injerencia alguna en este acto jurídico, sí tendrá consecuencias pues con el regreso de la, del demandante, perdón, al Régimen de Prima Media, existe una alta posibilidad de reconocimiento de derecho pens..., de algún derecho pensional, lo cual, como ya se manifestó en los alegatos de conclusión por parte de esta apoderada, tendrá un acto... un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema y la... presupuestal, pues el actor regresara después de más 21 un años al régimen el cual no lo tuvo en cuenta para sus cálculos financieros. Así mismo, le solicito igualmente a... al Tribunal Superior tenga en cuenta que, si bien el demandante no... se probó dentro del proceso que el demandante no contó con los elementos de juicio necesarios para tomar la decisión libre y voluntaria, y que por ello fue engañado por parte los asesores de la AFP y en consecuencia su mesada pensional es inferior, se solicita como se solicitó al juzgado de primera instancia, que sean estas AFP quienes asuman dicha diferencia, pues no es Colpensiones quien debe asumir la pensión del actor, en razón de que esto afecta la sostenibilidad financiera del sistema aumenta de forma considerable el pasivo pensional ya existente con el que cuenta la entidad, pues no basta con el traslado de rendimiento y del ahorro total de la cuenta del accionante a Colpensiones, pues ha de recordarse que las mesadas pensionales en el Régimen de Prima Media no se financian únicamente con estos aportes, como pasa en el RAIS, sino que el Estado proporciona el valor necesario restante, es decir; subsidia el mayor porcentaje de la prestación, y teniendo en cuenta esto, pues el gran número de demandas en contra de mi representada por este tipo de procesos, mi representada realmente es quien sufre estas las consecuencias del actor, perdón estas consecuencias del actuar de las AFP y está afectando el sistema de forma permanente. Y si en ultimas la sala determina que no hay otra posibilidad que ordenar el retorno de la... del demandante al Régimen de Prima Media, se solicita que se condene a las AFP por incumplir con su deber legal de información, que pague a mi representada los perjuicios económicos que ello genera... que se generan con el retorno de la (sic) actor al Régimen de Prima Media, de esta manera quedo (sic) sustentado el recurso de apelación, reiterando al honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque el fallo proferido por el Juzgado 32 y en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las conse... de las condenas impuestas por este. Muchas gracias”.

todo caso, el traslado a dicha AFPse hizo dentro del RAIS por lo cual era su deber recibir al actor, conforme a lo cual dicha entidad es un tercero de buena fe y no se le debió condenar a devolver los referidos emolumentos con cargo a su peculio, petición que se ajusta a lo definido en concepto de 15 de febrero de 2020 de la Superintendencia Financiera, que refiere que únicamente hay lugar a trasladar los aportes, sus rendimientos, y el monto destinado a la garantía de pensión mínima (Audiencia Virtual del 3 de agosto de 2021 – archivo 15 Hora 1:18:52)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

² “Sí su señoría, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación y lo haré de una manera muy breve, muy sucinta. En primera medida honorables magistrados, quiero recordarles que estamos presentes a un proceso que evidentemente vulnera el principio de legalidad, como quiera que se hace la exigencia de requisitos legales que surgieron con posterioridad al momento de la afectación (sic) del acto en demanda, esto es, que si bien es cierto en este proceso hay libertad probatoria y no hay... no hay una tarifa legal, también lo es que a lo imposible nadie está obligado como principio fundamental del derecho, esto por cuanto la AFP Porvenir, pues se encuentra en la imposibilidad de acreditar a través de cualquier medio de conocimiento, que en efecto se le suministró la información debida al demandante. Así mismo, me permito ponerles de presente que la AFP PORVENIR obró de buena fe, como quiera que el demandante ya venía del RAIS, por lo que no estaba en una obligación... estaba en la obligación de recibirlo salvo que se encontrara en una prohibición legal, situación que no es la del caso en concreto, por lo que pues no entiende el suscrito como una... un tercero de buena fe, como lo es la AFP PORVENIR, debe estar condenada a descontar de su pecunio lo relacionado con los gastos de administración, más aún cuando estos obedecen a un mandato legal que está obligada a acatar mi representada y no corresponden a un cobro caprichoso o arbitrario. En ese sentido, honorables magistrados, y teniendo en cuenta el concepto del 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia en el cual se establece que en caso tal de que sea necesario realizar un traslado de recursos del RAIS al de Prima Media, lo correspondiente será trasladar los gastos de... el valor de la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos financieros, la garantía de pensión mínima, con sus correspondientes rendimientos financieros, respetando así lo descontando para gastos de administración y pago de seguros previsionales. En ese sentido, honorables magistrados, pues no me queda otro motivo que reiterarles que la solicitud es que sea revocada de manera parcial la sentencia proferida por el juzgador de primera instancia, en los relacionado con la devolución de emolumentos y gastos de administración, teniendo en cuenta la buena fe con la que contó mi representada y en la que obró a lo largo de la afiliación y la permanencia del señor demandante durante todo el tiempo que estuvo presente, muchísimas gracias su señoría, en ese sentido dejó fundamentado el recurso de apelación”.

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 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 privado de pensiones el demandante tenía 45 años de edad y había cotizado 417,14 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 8 años 1 mes y 9 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda había superado la edad necesaria para acceder a la pensión (tenía 65 años de edad – ver archivo 01 folios 53 y 208 a 237⁵).

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

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

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 01 folios 165 a 168 y en el expediente administrativo – carpeta 02.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Se toma fecha de nacimiento del actor concordante en SIAPF, historia laboral de PORVENIR S.A. y resumen historia laboral válida para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – OBP.

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

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

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es*

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 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 si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado, 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*

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”.

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 ineficacia del traslado de régimen 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 únicamente indicó que el traslado obedeció a una visita grupal de algunas asesoras de COLFONDOS S.A., quienes indicaron que el ISS iba a desaparecer y en cambio la AFP privada tendría una rentabilidad e intereses *muy altos*, que se podría pensionar anticipadamente, sin señalar los requisitos necesarios para ello, situación que se repitió en su posterior traslado

a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. (Audiencia Virtual del 14 de septiembre de 2021 – archivo 15 Min. 14:34).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia o los posteriores traslados entre fondos pensionales.

En respuesta al recurso de apelación 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 (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el Juez de primera instancia.

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

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.

Así mismo, 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.

COSTAS en 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 **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 PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EXP. 32 2019 00709 01

Jorge Enrique Téllez Ordóñez Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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 MARIA DEL CARMEN TRUJILLO LÓPEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la última entidad, la sentencia dictada el 14 de julio de 2021 por el Juez Treinta y tres (33) 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 al doctor Gustavo Enrique Martínez González, identificado con T.P. 276.516, para actuar como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder general conferido, y téngase al doctor Alejandro Castellanos López, identificado con T.P. 115.849, para actuar como apoderado judicial de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido en la escritura pública No. 788 de 6 de abril de 2021 (folio 141).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARIA DEL CARMEN TRUJILLO LÓPEZ 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 en el mes de octubre de 1998, con fundamento en que los asesores comerciales del fondo privado no le brindaron información sobre el funcionamiento del Sistema Pensional en el régimen de ahorro individual y la forma de acceder a la pensión. Como consecuencia de lo anterior, pide que se le permita seguir efectuando sus cotizaciones en COLPENSIONES hasta que cumpla los requisitos para obtener el derecho pensional y se condene a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes pensionales que realizó la demandante (ver demanda en folios 3 a 9 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderado, contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a PORVENIR S.A, si se tiene en cuenta que la decisión de traslado la tomó de manera voluntaria y se realizó conforme lo establecido en la normatividad vigente, además advirtió que (i) la afiliada se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales establecida en el artículo artículo 2°, literal e) de la Ley 797 de 2003, pues solicitó su retorno al RPM cuando contaba con 58 años de edad, y (ii) que no era beneficiaria del régimen de transición, pues no se registran cotizaciones con anterioridad al 1° de enero de 1995. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción* y la *innominada o genérica* (ver contestación en folios 60 a 71 del expediente).

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 la afiliación de la demandante al RAIS es válida, pues los asesores comerciales del fondo le suministraron información acorde con lo establecido en las disposiciones legales vigentes para la época del traslado y los lineamientos de la Superfinanciera Financiera de Colombia, y por ello, es claro que la demandante fue informada durante el proceso de vinculación al RAIS y suscribió el formulario de afiliación de forma consciente, libre, espontánea y sin presiones. Además, advirtió que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada y genérica* (ver contestación en folios 98 a 104 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia de 14 de julio de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por AFP POVENIR S.A, y con esto a la afiliación realizada a la Sra. MARIA DEL CARMEN TRUJILLO LÓPEZ identificada con cedula de ciudadanía N° 26.473.346, del 24 de julio de 1998. SEGUNDO: DECLARAR que la Sra. MARIA DEL CARMEN TRUJILLO LOPEZ, identificada con cédula de ciudadanía N° 26.473.346, se encuentra efectivamente afiliada a la administradora del Regimen de Prima Media con Prestacion Definida - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-. TERCERO: ORDENAR a AFP POVENIR S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuanta de ahorro individual la Sra. MARIA DEL CARMEN TRUJILLO LÓPEZ a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración. CUARTO: CONDENA a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la Sra. MARIA DEL CARMEN TRUJILLO LOPEZ. QUINTO: ORDENAR a AFP POVENIR S.A., el traslado de*

las cuotas de administración, por el tiempo en que la demandante estuvo la demandante afiliada y a cargo de su propio patrimonio. Por esto se COMINA a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas. SEXTO: DECLARA NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la cantidad de 4.5 SMLMV (CD 2, audiencia virtual hora 1, minuto 35:21).

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 PORVENIR S.A. no probó haber brindado información suficiente a la demandante sobre las particularidades del RAIS, por lo que no hay prueba idónea que demuestre que la decisión de traslado se efectuó de forma libre, consciente, voluntaria y sin presiones. En consecuencia, ordenó trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada junto con los respectivos intereses, rendimientos financieros y cuotas de administración, para que con dichas sumas se financien los derechos pensionales a los que haya lugar.

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 apoderada pide que se revoque el fallo en su integridad, o de forma subsidiaria, se revoque la condena a devolver los gastos de administración y las primas de seguros provisionales. Considera que no se puede aplicar la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia de forma objetiva, sino que se debe estudiar en atención a las circunstancias particulares de cada caso, y señaló que el criterio jurisprudencial no se adapta en el caso bajo estudio, pues la demandante expresó su

consentimiento informado de trasladarse de régimen pensional con la suscripción del formulario de afiliación, el cual cumplía con todos los requisitos de información que exigía la Superintendencia Financiera para la época del traslado, y ante cualquier interpretación en contrario, considera que la demandante ratificó su voluntad de permanecer vinculada al RAIS con su permanencia. Además, estima improcedente la devolución de sumas de dinero que no se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como sucede con los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, pues fueron descontados con finalidades muy específicas, esto es, generar rendimientos financieros y cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, y advirtió que como no forman parte integral de la pensión, dichas sumas están sujetos al fenómeno prescriptivo, y de ordenar su devolución, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante (CD 2, audiencia virtual hora 1, minuto 39:50)¹.

¹ “Su señoría, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Sala Laboral para que se revoque en su totalidad los fallos proferidos, los cuales me permito sustentar así. Téngase en cuenta señores magistrados que si bien existe un precedente del órgano de cierre como de la jurisdicción como el citado por el ad-quo tenemos si como todo lo ha manifestado el Honorable Tribunal en diferentes salas no se debe aplicar el precedente de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar ineficiencia del traslado con base a la falta de información cuando no le era obligatorio a mi representado brindar la misma a la demandante, teniendo, a los demandantes, teniendo en cuenta la circula 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia la cual tenía como única exigencia establecida, a efectos de que se entendiera no solo materializado sino valido el traslado de régimen que el afiliario expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular tal como ocurrió en el presente asunto de manera que mi representada cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia de los actores en el Regimen de Ahorro Individual administrado por mi representada a sido una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificadop con el tiempo, tampoco es razonable decir que la ineficacia del traslado sea da por falta de consentimiento o por vicios en el mismo, toda vez que PORVENIr brindó a los demandantes una asesoría oportuna en donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y sobre sus condiciones pesionales tal como se aprecia en el formulario suscrito por los demandantes. Así las cosas en el presente caso se da se da el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil relativos al

(sentimiento y consentimiento)¿? por ratificación tácita la cual opera de manera automática, teniendo en cuenta que la demandante, los demandantes, realizaron aportes de manera personal y voluntaria lo que sin lugar a dudas en el caso existió algún tipo vicio en el consentimiento, los mismos lo ratificaron con su decisión de permanecer con el en su propio actuar con el paso del tiempo. De otro lado no podemos aducir que mi representado hubiese faltado al deber de información obligándolo a aportar documentos que a la fecha del traslado no le eran obligatorios como lo son la simulación pensional y demás documentales que use la parte demandante como lo pone de presente la ley 1328 del 2009 en sus artículos 3 literal c y artículo 9 en los que se establece el deber de información que tienen las AFP con el usuario al momento del traslado obligación que se cumplió a cabalidad en dicho momento anudado a lo anterior tenemos la ley 1748 del 2014 en la se esta, se hace alusión a la obligación de hacer una proyección total de todo lo que a la pension se refiere y establece la obligación de enviar extractos de la cuenta de Ahorro Individual. Sin embargo debemos tener en cuenta que la vigencia de la norma es a partir del 26 de diciembre del 2014 razon suficiente para establecer que al momento del traslado no era obligatorio la entrega de los documentos y bastaba con una asesoría verbal por lo que se no es dable dar por sentado la parte de información al momento del traslado, por otro lado no es factible ordenar la devolución de gastos de administarcion pues deacuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 del 93 tambien el Regimen de Prima Media se destina el 3 porciento de las cotizaciones a financiar gastos de adminitración, pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pension de vejez, por ello están sujetos a la prescripción además es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto del 17 de enero de 2020 indicó la forma expresa que en los eventos en que procede la ineficacia del traslado las únicas sumas a realternar son los aportes y rendimientos de la Cuenta Individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguros provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con su deber de información. De igual manera merece la atención el hecho de que al ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones se configuró un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada en la medida que no existe norma que disponga tal devolución en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113 literal b) de la ley 100 del 93 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen y esto es el saldo de la cuenta individual incluido sus rendimientos lo que se evidencia que no están destinandos a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al Fondo Privado como contraprestación de la excelente gestión que se a adelantado para incrementar la cuenta individual del afiliado, finalmente deberá declararse la prescripción repecto a la devolucion de gastos de administración y primas de seguros o cualquier otra suma diferente del capital de la cuenta individual de los afiliados o los rendimientos financieros por cuanto no corresponde los valores pertenece a los afiliados en ninguno de los dos regímenes en cuanto no financia la prestacion de ellas no puede predicarse su imprescriptibilidad carasteristica de la que goza el derecho pensional. Para ya terminar señores magistardos tengan en cuenta las

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, con fundamento en que la declaratoria de nulidad o ineficacia le representaría un detrimento patrimonial a la entidad, pues no sabe si el traslado de las sumas de dinero que se ordenan a cargo del fondo privado sirvan para cubrir las prestaciones que cause la demandante a futuro. Además, estima que no es aplicable el precedente jurisprudencia trazado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, pues la demandante no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de acceder a la pensión en el RPM, y la inversión de la carga de la prueba le genera una carga probatoria desproporcionada a las demandadas frente a la carga que tiene parte demandante, quien solo tiene que afirmar que no recibió información para que prosperen sus pretensiones (CD 2, audiencia virtual hora 1, minuto 45:26)².

negligencias que se presentan en este proceso en en cada uno de los procesos y que como se ha indicado ninguna persona se puede beneficiar de su propia culpa o negligencia y el desconocimiento de la ley no es excusa de su incumplimiento, adicional y ya para finalizar que pena, la pretensión principal es meramente económica y como lo han realizado ustedes en las aclaraciones de voto se debe tener en cuenta las pretensiones y que ha que aducen o que indican las contrapartes al momento de realizar dichos traslados y en este caso de da que no es por falta de información sino por una mera expectativa pensional de manera entonces considero que los supuesto sobre los cuales se condenan a mi representado no se encuentran acreditados y en consecuencia solicito de manera respetuosa al Honorable Tribunal revocar la totalidad de la condena impuestas a mi representada en este proceso y en consecuencia absolverla de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, muchas gracias su señoría”.

² “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 Bogota, Sala Laboral con la finalidad de que se revoque de manera parcial el fallo proferido en esta instancia y únicamente en lo que tiene que ver con la declaratoria de la nulidad o inficacia de la afiliación dentro de los dos casos. Lo primero que quiero hacer mención señor juez es la legitimación en la causa para interponer este recurso dado que no se presenta ninguna condena directa en contra de mi representada sin embargo para este apoderado judicial si se puede llegar a afectar económicamente dado que no se conoce hoy en día si el ahorro o el aporte realizado por los dos aquí demandantes ya sea en el Regimen de Prima Media o en el RAIS alcance a cubrir la prestación que se le pueda reconocer a futuro con respecto a este

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

traslado si regresan a Colpensiones y seria el caso que si los demandantes superan con creces la expectativa de vida seria una situación que llevaría a un detrimento patrimonial a mi representada por no alcanzar a realizar las proyecciones o planear dicha pensión con anticipación, ya el Honorable Magistrado en lo que tiene que ver con la sustentacion de recurso simplemente la inconformidad que presenta este apoderado judicial con la tesis del a-quo en cuanto a las afirmaciones indeterminadas al acogimiento de la línea jurisprudencial emanada de Corte Suprema de Justicia asi como como en lo que tiene que ver con la carga dinámica en la prueba miras de reinvertir la misma y quedar en cabeza del fondo privado demostrar que si se brindó dicha asesoría de una manera plena, la inconformidad es porque solamente se puede reinvertir este esta carga de la prueba para personas o afiliados que se encuentran con una expectativa legitima, que se encontraban en el régimen de transición o que eran próximos al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento pensional esto basicamente es una es una casos muy especialisimos y de ahí es que a partido la lo la línea jurisprudencial emanada por Corte de Justicia a partir de estos casos que son muy similares son muy, no son las mismas condiciones que tienen aquí los demandantes. Y además de esto esta línea jurisprudencial lo que viene a acoger es que no se le afecte es tutelar los derechos de los afiliados para que a futuro no se les venga a afectar lo que es su derecho pensional y solo se ve aplicar estos casos dado que si no habría una desproporcionalidad probatoria en el sentido en que no seria viable que con sola manifestación de los demandantes en este caso sobre un hecho que es la falta de información este se de por cierto y no se tenga la carga de desmostrar la existencia de este y se recorra lo que se llama la carga desproporcionada a las demandadas de tal suerte que le solicito a los Honorables Magistrados no se reinvierta esta carga de la prueba con miras de revocar la declaratoria de la nulidad e ineficacia de la afiliación, dejo asi señor juez sustentado mi recurso de apelación para que sea resuelto, muchas 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 la demandante tenía 38

años de edad y había cotizado 852 semanas a diferentes cajas de previsión³, 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 12 años y 3 meses)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada ya tenía cumplido el requisito de edad de pensión para acceder a la pensión (tenía 58 años de edad - ver cédula aportada a folio 2 del plenario y presentación de la demanda a folio 53).

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

³ Ver formulario CLPEB No 1 emitido por por el Municipio de Nataga, en el que se observa que la actora viene laborando para dicha entidad desde el 1° de enero de 1982, y se efectuaron sus aportes en distintas administradoras de pensiones.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia*”.

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

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 oportuna 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: *"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

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

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* 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 24 de julio de 1998), 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, esta 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 unos asesores comerciales de PORVENIR fueron a su lugar de trabajo y le dijeron que su mejor opción era trasladarse al fondo privado, pues iba a quedar *“mejor pensionada”*, sin que fuera necesario cumplir los requisitos de tiempo y edad para el efecto, y que de fallecer, quedarían pensionados sus hijos y su esposo (CD 2, audiencia virtual, minuto 32:02).

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.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, junto con sus respectivos rendimientos y cuotas de administración, 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 también 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.

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 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.

DECISION

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. **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,

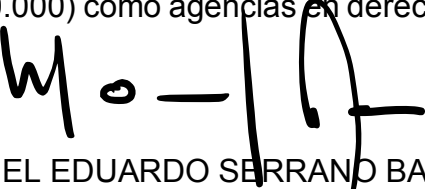

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 35 2018 00469 01-02
Yuli Andrea Núñez Ramírez Vs Porvenir S.A y otras

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE YULI ANDREA NÚÑEZ RAMÍREZ (como persona natural representante legal de los menores FABIAN STIVEN Y BRAYAN FELIPE CRISTANCHO NÚÑEZ) CONTRA POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., MINA EL ROBLE S.A.S., Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre 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 ARL POSITIVA contra DOS decisiones tomadas por el Juez Treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en la audiencia celebrada el 19 de febrero de 2021: (i) el auto mediante el cual se declaró no probada la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario; y, (ii) la sentencia que puso fin a la instancia, a través de la cual se CONDENÓ a la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a pagar pensión de sobrevivencia en proporción del 50% de un SMLMV a favor de YULI ANDREA NÚÑEZ RAMÍREZ compañera permanente de LUIS ENRIQUE CRISTANCHO QUIROGA, y en proporción del 25% de un SMLMV para cada uno de los hijos del causante (FABIÁN STIVEN CRISTANCHO NÚÑEZ y BRAYAN FELIPE CRISTANCHO NÚÑEZ), junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, YULI ANDREA NUÑEZ RAMÍREZ, como persona natural y representante de los menores FABIAN STIVEN CRISTANCHO NUÑEZ y BRAYAN FELIPE CRISTANCHO NUÑEZ, presentó demanda contra POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, la MINA EL ROBLE S.A.S., y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, para que mediante los trámites de un proceso ordinario se reconozca pensión de sobrevivencia por la muerte de su compañero permanente LUIS ENRIQUE CRISTANCHO QUIROGA, quien falleció el 4 de julio de 2013 como consecuencia de un accidente de trabajo.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que LUIS ENRIQUE CRISTANCHO QUIROGA laboraba como minero en la Cooperativa de trabajo asociado MINERALCOOP desde el 13 de junio de 2013, el 4 de julio del mismo año falleció como consecuencia de un accidente de trabajo cuando salió del coche que lo estaba transportando al socavón de la MINA EL ROBLE y cayó al fondo de la mina, momento para el cual se encontraba afiliado a la ARL POSITIVA y tenía cubiertos los riesgos laborales que se derivan de la actividad económica de extracción y aglomeración de hulla (carbón de piedra) que incluye a las empresas dedicadas a la explotación de carboneras, gasificación de carbón *in situ* y producción del carbón aglomerado. Pide que se reconozca la pensión de sobrevivencia a su favor en proporción del 50% de la prestación, y el 50% restante a favor de sus hijos menores, junto con los intereses moratorios, retroactivos y demás valores que se logren demostrar dentro del proceso. De forma subsidiaria pide que se condene a PORVENIR S.A. o a la MINA EL ROBLE SAS a reconocer el derecho pensional que se reclama (ver demanda en las páginas 1 a 11, y subsanación en las páginas 94 a 97, archivo No 1. del expediente digital).

La ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que el trabajador sufrió un accidente bajo la subordinación de un empleador distinto al que lo afilió a la ARL (LA MINA EL ROBLE BOCATOMA 2 – PRODUCTORES MINEROS DE GACHETA LTDA), y por ello, no se puede

entender que el accidente ocurrió por causa o por ocasión del trabajo para el cual estaba afiliado, esto es, el prestado en favor de la COOPERATIVA MINERALCOOP. En este orden de ideas, considera que le corresponde a LA MINA EL ROBLE BOCATOMA 2 –PRODUCTORES MINEROS DE GACHETA LTDA-, y de forma solidaria a la COOPERATIVA MINERALCOOP, garantizar las prestaciones que se derivan del accidente que tuvo el trabajador. Afirma que ambas empresas infringieron la ley por tercerizar la mano de obra del causante, a través de cooperativas de trabajo asociado. Propuso como excepción previa la de *no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*, pues considera que el contradictorio se debe integrar con el empleador (COOPERATIVA MINERALCOOP), y como excepciones de mérito las siguientes: *falta de legitimación en la causa por pasiva, enriquecimiento sin justa causa, prescripción, buena fe y la genérica o innominada* (ver contestación en las páginas 123 a 137 y subsanación a folio 170 y siguientes, archivo No 1 del expediente digital).

LA MINA EL ROBLE S.A.S mediante apoderado contestó la demanda. Afirma que LUIS ENRIQUE CRISTANCHO QUIROGA no tuvo relación de carácter laboral con el propietario de la MINA EL ROBLE S.A.S., CIRO ESTUPIÑAN DIAZ, pues se encontraba laborando para la mina EL ROBLE DOS cuya propietaria es GLORIA VÁSQUEZ. Propuso como excepción previa la de *falta de identidad en el demandado* (ver contestación páginas 154 a 162 y subsanación 187 a 197, archivo No 1 del expediente digital).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR mediante apoderado también contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que la muerte del afiliado fue consecuencia de un accidente de origen laboral, por lo que es la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. la encargada de responder por las pretensiones elevadas, de conformidad con lo establecido en la Ley 776 de 2002. Además, advirtió que el causante no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento para que sus beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, y que la aquí demandante debe probar

EXP. 35 2018 00469 01-02
Yuli Andrea Núñez Ramírez Vs Porvenir S.A y otras

su condición de beneficiaria. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación a cargo de mi representada de reconocer y pagar la pensión demandada, ausencia del derecho sustantivo, falta de cumplimiento de los requisitos legales, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación, innominada o genérica* (ver contestación páginas 216 a 224, archivo No 1 del expediente digital).

En audiencia celebrada el 19 de febrero de 2021 el Juez Treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá declaró no probada la excepción de falta de integración del litisconsocio necesario (audiencia virtual, minuto 10:59), y profirió sentencia que puso fin a la instancia.

AUTO

Frente a la excepción previa propuesta por la ARL POSITIVA, el juez de primera instancia advirtió que la demanda que dio origen al proceso persigue el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de LUIS ENRIQUE CRISTANCHO QUIROGA, pero no una eventual intermediación laboral, por lo que estimó que la vinculación de la persona jurídica que realizó la afiliación del trabajador no es necesaria en la medida en que ésta trasladó los riesgos laborales a la ARL (audiencia virtual, minuto 14:43).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de la ARL POSITIVA COMPAÑÍA SE SEGUROS S.A. estima necesario establecer quién era el empleador del trabajador fallecido, para determinar si dicho empleador cubrió o no los riesgos laborales de su trabajador, y si el accidente ocurrió por causa o con ocasión del trabajo (audiencia virtual, minuto 18:27)¹.

¹ “Muchas gracias su señoría me permito en virtud de la decisión proferida negativa de la excepción previa correspondiente me permito interponer el recurso de reposición y en subsidio apelación en virtud del artículo 65 numeral 3 del Código Procesal del Trabajo en virtud de que es necesario para resolver el presente litigio establecer quién era el empleador en el presente caso dado que la ARL cubre o tiene bajo su responsabilidad establecer primero pues cuál es

CONSIDERACIONES

Una vez revisado el expediente la Sala CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia que negó la excepción previa de falta de integración del litisconsorte necesario, pues en los términos del artículo 61 del CGP no resulta necesaria la presencia de la Cooperativa (COOPERATIVA MINERALCOOP) para que se pueda dictar la sentencia judicial.

Para este efecto se debe recordar que en la forma de intervención procesal que alega ocurrida la recurrente (litisconsorcio necesario), si bien concurren al proceso judicial dos partes (demandante y demandada), una de ellas se debe integrar forzosamente por un número plural de sujetos porque no será posible resolver de mérito sin su presencia en la medida en que la decisión que se adopte los afectará de manera uniforme (artículo 61 CGP).

En la demanda que dio inicio al proceso se reclama de una ARL la pensión de sobrevivencia que se pudo causar por un accidente que se aduce de origen laboral en el cual murió LUIS ENRIQUE CRISTANCHO QUIROGA, controversia que se puede definir aunque el empleador o la persona que afilió al trabajador no comparezca al proceso, pues no se están alegando en la demanda omisiones de afiliación o mora en el pago de aportes a cargo del empleador, ni la responsabilidad subjetiva que se podría derivar del accidente de trabajo frente a una eventual culpa patronal; y de todas formas aun con su presencia lo cierto es que la sentencia que se pudiera dictar no afectará de forma *uniforme* a la ARL demandada y a la sociedad con quien se pide la integración al proceso en condición de litisconsorte *necesario* (como lo exige la norma en referencia).

la causa o la ocasión del accidente de trabajo y en virtud de esa causa u ocasión del accidente de trabajo pues existiría una cobertura, sin embargo si el accidente de trabajo no se dio por causa u ocasión del trabajo y no y no se establece de manera correcta de manera clara y asertiva con quién tenía la relación sustancial el trabajador fallecido, pues así mismo no será posible en este caso establecer si la ARL tiene o no algún tipo de responsabilidad en el presente caso, muchas gracias su señoría”.

EXP. 35 2018 00469 01-02
Yuli Andrea Núñez Ramírez Vs Porvenir S.A y otras

Se CONFIRMARÁ entonces el auto mediante el cual se negó la existencia de un litisconsorcio necesario en la parte demandada con la COOPERATIVA MINERALCOOP.

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

SENTENCIA

La parte resolutive de la sentencia apelada tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: CONDENAR a la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia a YULI ANDREA NÚÑEZ RAMÍREZ en cuantía de 50% de un salario mínimo legal vigente, en forma mensual, sujeta a los reajustes de ley y mesada adicional, a partir del 10 de agosto de 2015. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a FABIÁN STIVEN CRISTANCHO NÚÑEZ representado por YULI ANDREA NÚÑEZ RAMÍREZ en cuantía de 25% de un salario mínimo legal vigente, en forma mensual, sujeta a los reajustes de ley y mesada adicional, a partir del 4 de julio del 2013, hasta el momento en que pierda su calidad de beneficiario, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia evento en el cual la cuota asignada acrecentará la de los demás beneficiarios si existieren. TERCERO: CONDENAR a la demandada, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a BRAYAN FELIPE CRISTANCHO NÚÑEZ representado por YULI ANDREA NÚÑEZ RAMÍREZ en cuantía de 25% de un salario mínimo legal vigente, en forma mensual, sujeta a los reajustes de ley y mesada adicional, a partir del 4 de julio del 2013, hasta el momento en que pierda su calidad de beneficiario, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia evento en el cual la cuota asignada acrecentará la de los demás beneficiarios si existieren. CUARTO: CONDENAR a la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., al pago de retroactivo a favor de YULI ANDREA NÚÑEZ RAMÍREZ en cuantía de \$27.723.088,83, correspondiente al 50% de la mesada pensional desde el

10 de agosto del 2015 al 31 de marzo del 2021. A partir del 1 de abril de 2021, la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., deberá pagar como la mesada pensional el 50% de un salario mínimo legal vigente. QUINTO: CONDENAR a la demandada, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., al pago de retroactivo a favor de FABIÁN STIVEN CRISTANCHO NÚÑEZ, representado por YULI ANDREA NÚÑEZ RAMÍREZ en cuantía de \$18.511.089,25 correspondiente al 25% de la mesada pensional desde el 4 de julio del 2013 hasta el 31 de marzo del 2021. A partir del 1° de abril del 2021, la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., deberá pagar como la mesada pensional, el 25% de un salario mínimo legal vigente. SEXTO: CONDENAR a la demandada, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., al pago de retroactivo a favor de BRAYAN FELIPE CRISTANCHO NÚÑEZ, representado por YULI ANDREA NÚÑEZ RAMÍREZ en cuantía de \$18.511.089,25 correspondiente al 25% de la mesada pensional desde el 4 de julio del 2013 hasta el 31 de marzo del 2021. A partir del 1° de abril del 2021, la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., deberá pagar como la mesada pensional, el 25% de un salario mínimo legal vigente. SÉPTIMO: CONDENAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a reconocer y pagar los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1.993, de las mesadas ordenadas a partir del 4 de diciembre de 2013 y hasta que se haga efectivo el pago conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. OCTAVO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción. NOVENO: ABSUÉLVASE a las demandadas PORVENIR S.A. Y MINA EL ROBLE S.A.S., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. DÉCIMO: CONDENAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., al pago de las costas, por tanto, se fija a su cargo la suma de \$2.000.000 por concepto de agencias en derecho. Por secretaría liquídense (audiencia virtual, hora 2 minuto 4:27).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que el siniestro aconteció en ejercicio de las actividades cubiertas por el ARL, siendo reportado por el empleador que realizó la afiliación, y reconocido por la aseguradora de riesgos laborales al encontrarse los operadores en el lugar del

sinistro, y advirtió que quedaron desvirtuados los argumentos esbozados por POSITIVA para negar el reconocimiento de la prestación si se tiene en cuenta que la administradora no objetó el pago que se efectuó y que recae sobre las administradoras de seguridad social la verificación de la correcta afiliación. Además, indicó que se encuentra demostrada la calidad de beneficiaria de la prestación en la compañera permanente, conforme las declaraciones extrajudiciales y los testimonios practicados en el proceso, por lo que condenó a la ARL POSITIVA el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes a su favor desde el 10 de agosto de 2015, y a favor de los hijos menores del causante desde el óbito (4 de julio de 2013).

APELACION

En el recurso, la ARL pide que se revoque en su totalidad la decisión tomada. Afirmar que conforme a los certificados allegados con la contestación a la demanda y la declaración de parte que rindió la demandante en el proceso, resulta claro que quien ejercía el poder subordinante sobre el causante era una persona distinta a la Cooperativa MINERALCOOP, persona jurídica que tenía vigente la afiliación del trabajador a la ARL, y por ello, no se puede concluir que el accidente que tuvo el causante hubiera ocurrido por causa o con ocasión del trabajo (audiencia virtual, hora 2, minuto 8:56)².

² “Gracias su señoría, solicito de manera respetuosa, recurso de apelación en virtud del artículo 66 del Código Procesal de Trabajo y seguridad social, básicamente porque la Providencia, con todo respeto yerra por dos argumentos principales, partiendo de la tesis que se asume que la señora Gloria Vásquez era la empleadora o representante legal de MINAS ROBLE no se puede derivar que está equivalga a la misma Cooperativa, la presencia de trabajadores de la cooperativa de trabajo asociado no establece el vínculo de subordinación y derivar asimismo que el accidente ocurrió por causa u vocación del trabajo es esencial y pues alguna manera también por eso se apeló la decisión sobre la excepción previa, establecer cuál era el vínculo de subordinación en virtud de que labores el señor falleció, bien así las cosas y pues en aras de controvertir esa, esa tesis inicial de la presencia de la cooperativa de trabajadores, de la cooperativa como en relación estricta con la causa o vocación del trabajo de fallecimiento del trabajador en este caso los cargos son dos, sería por indebida interpretación normativa tanto el Decreto Ley 1295 del 94, Ley 776 de 2002, la Ley 1562 del 2012 y por cercenamiento de material probatorio en este caso, el certificado de afiliación que mi mandante allegó en la contestación de la demanda y el testimonio rendido por la señora Yuli Andrea Núñez quien básicamente tiene conocimiento directo de con quien laboraba su fallecido señor esposo. Se establecen, el Despacho establece que el señor murió o falleció en ejercicio de sus funciones, sin embargo, no se establece por quién o bueno más bien quién ostentaba el poder subordinante. Frente a la indebida interpretación normativa debe señalarse que los accidentes cubiertos por la ARL como ya se ha reiterado son aquellos que

CONSIDERACIONES

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para resolver la instancia: (i) que LUIS ENRIQUE CRISTANCHO QUIROGA falleció el 4 de julio de 2013, como consecuencia de un accidente que tuvo lugar en la Mina Bocatoma 2 El Roble, en la vereda Peña del municipio Guachetá, después de caer al interior de la mina por abrirse el coche en el que se transportaba (ver el registro civil de defunción y la inspección técnica de cadáver que realizó policía judicial, en las páginas 19 y 40 del expediente digital, archivo No 1); (ii) que para el momento del siniestro el causante se encontraba afiliado al Sistema de Riesgos Laborales administrador por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., como trabajador dependiente de la COOPERATIVA DE TRABAJO MINERALCOOP CTA, para la actividad económica *extracción y aglomeración de hulla* (ver reporte de radicación de la afiliación en la página 29, y constancia emitida por POSITIVA el 31 de enero de 2019 en la página 172 del expediente digital, ídem); y (iii) que son beneficiarios de una eventual pensión YULI ANDREA NÚÑEZ RAMÍREZ como compañera permanente supérstite, y FABIAN STIVEN y BRAYAN FELIPE CRISTANCHO NÚÑEZ hijos menores del causante, lo cual se acredita - además- con los registros civiles de nacimiento de los menores, la declaración extrajuicio que rindió en vida el causante el 18 de enero de 2013 (ver páginas 21, 23 y 27 del expediente digital, ídem), y con los testimonios de ANA LILIANA

se derivan de la actividad laboral, esto es por causa o en ocasión del trabajo, sin embargo, en el presente caso se está realizando una interpretación que con todo respeto se considera inadecuada todo vez que se está estirando o elongando de una manera desproporcionada el hecho que el señor hubiera fallecido y se relacionará esto con la C.T.A MINERALCOOP quién era el afiliador y en este caso de quién se esperaba la subordinación, asunto que básicamente quedó derrotado por el testimonio de la señora YULI ANDREA NÚÑEZ, quién establece quién era quién le daba las órdenes, quién era quién le pagaba el sueldo, etc. Por otro, por otro lado también respecto al cercenamiento del material probatorio, está probado que el trabajador no estaban en ejercicio de labores asignadas por su afiliador esto es la C.T.A MINERALCOOP y quién daba las órdenes era una persona diferente, a voz de la señora YULI ANDREA NÚÑEZ, la señora Marta León representante legal de mina El Roble persona jurídica totalmente distinta a la C.T.A MINERALCOOP y LUIS ENRIQUE CRISTANCHO así entonces, pues se pondría en entredicho que hubiera fallecido en virtud de las labores que le hubiere asignado la C.T.A porque en este caso quién tenía el poder subordinante era un tercero, no era la persona quién le veía consignado o asignado algún tipo de labor así las cosas su señoría sustentó el recurso de apelación y muchas gracias por el tiempo.

EXP. 35 2018 00469 01-02
Yuli Andrea Núñez Ramírez Vs Porvenir S.A y otras

BITRAGO y JOSE ALFREDO OSORIO RUIZ que se practicaron en el proceso (audiencia virtual, minuto 56:06 y hora 1, minuto 8:05 respectivamente).

El Tribunal debe definir si los riesgos profesionales del trabajador fallecido se encontraban cubiertos o no por la ARL POSITIVA.

Para resolverla la Ley 1562 de 2012 define al accidente de trabajo como *“todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte”* (artículo 3°).

Cuando ocurre la muerte del trabajador, el artículo 11 de la Ley 776 de 2002 establece a cargo de la administradora de riesgos laborales a la que este se encuentre afiliado, el pago de pensión de sobrevivientes a las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 define: la cónyuge o la compañera permanente superviviente, si acreditan haber hecho vida marital con él hasta su muerte y convivencia por un período no inferior a los cinco (5) años inmediatamente anteriores al óbito, y en forma temporal, los hijos menores de 18 años, o los mayores de 18 y menores de 25 años, que acrediten su condición de estudiantes.

Ahora bien, para definir la responsabilidad de las ARL's en siniestros de origen laboral, ocurrido con trabajadores vinculados a Cooperativas de Trabajo Asociado, el Tribunal se remite al criterio jurisprudencial trazado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, *“al tomar el seguro por la Cooperativa (...) y afiliarse a sus asociados que se traducen en los asegurados, los cuales como se dijo no están excluidos del Sistema, y por demás cumplir con la cancelación oportuna de la prima de aseguramiento o cotización, la lógica consecuencia no es otra que la asunción del riesgo y el pago de las prestaciones económicas que se originan al sobrevenir el suceso (...) la ARL está instituida para proteger tanto a trabajadores subordinados, independientes y asociados, y luego de recibir la afiliación de cualquier de*

EXP. 35 2018 00469 01-02
Yuli Andrea Núñez Ramírez Vs Porvenir S.A y otras

éstos, no le es dable sostener que no le cabe obligación o responsabilidad alguna” (sentencia proferida el 2 de febrero de 2006, dentro del radicado No. 25725, reiterada en la sentencia proferida el 25 de octubre de 2011, dentro del radicado No. 38956, y en la sentencia SL 2233 de 2021).

Con fundamento en lo expuesto, se confirmará la decisión dictada en primera instancia.

El reporte de radicación allegado da cuenta clara de que para la fecha de la muerte de LUIS ENRIQUE CRISTANCHO QUIROGA se encontraba afiliado a la ARL POSITIVA por la CTA MINERALCOOP, bajo la actividad económica *extracción y aglomeración de hulla* el cual incluye a las empresas dedicadas a la explotación de carboneras, gasificación de carbón in situ y producción del carbón aglomerado (ver página 29 del expediente digital, archivo No 1), lo que genera la responsabilidad reclamada de la ARL en este expediente, al margen de la forma de vinculación laboral que tuviera el asegurado.

Para responder a los argumentos del recurso se debe recordar que el Sistema de Riesgos Laborales asume la protección de *todos* los trabajadores afiliados, incluso los independientes, los informales, y los asociados a Cooperativas de Trabajo Asociado, frente a quienes ni siquiera exista una relación de trabajo subordinado (ver SL 298 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia y la T-033 de 2016 de la Corte Constitucional), pues la cobertura en este Sistema se estructura en función del *riesgo profesional* que subrogan las ARL's ante la ocurrencia del siniestro, sin que puedan excusar sus responsabilidades *“por un hecho del trabajador, de un tercero o por fuerza mayor o caso fortuito”* (ver SL 331 de 2020).

Además y al margen de que se hubiera presentado una tercerización inválida de la relación –lo que tampoco se encuentra debidamente demostrado- lo cierto es que la administradora de riesgos laborales demandada recibió la afiliación del trabajador asociado sin efectuar reparos sobre la persona que la realizó, ni sobre al riesgo asegurado, pese a que tenía la oportunidad de

EXP. 35 2018 00469 01-02
Yuli Andrea Núñez Ramírez Vs Porvenir S.A y otras

verificar la información del empleador en cualquier tiempo, o efectuar visita a los lugares de trabajo, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto 1295 de 1994.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2233 de 2021 (M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA) al estudiar el caso de un trabajador dependiente que se afilió como independiente, estimó que, *“pese a la anomalía de carácter formal que pudo existir en la afiliación del causante, la misma fue avalada y surtió plenos efectos con la aquiescencia de la entidad administradora de riesgos laborales”*.

Así las cosas, resulta claro para la Sala que se causó la pensión de sobrevivencia por accidente de trabajo que reclama YULI ANDREA NÚÑEZ RAMÍREZ, y que dicha prestación debe ser cubierta por la ARL demandada.

El contenido del *“Informe para presunto accidente de trabajo del empleador o contratante”*, demuestra que para el momento del accidente el causante se encontraba dentro de un coche *“ingresando a laborar en el segundo turno”*, y se resbaló a un abismo debido a que se abrió la tapa del vehículo. El informe técnico del cadáver advirtió que el cuerpo estaba en un cuarto de madera que al parecer *“es el lugar donde los trabajadores se alistan para ingresar a su lugar de trabajo”* (ver páginas 35 y 41 del expediente digital). Se trató entonces y sin duda alguna, de un accidente de trabajo, y las prestaciones que pudieran surgir de esta contingencia estaban a cargo de la ARL POSITIVA.

COSTAS en la apelación a cargo de la ARL POSITIVA 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

EXP. 35 2018 00469 01-02
Yuli Andrea Núñez Ramírez Vs Porvenir S.A y otras

- 1. **CONFIRMAR** el auto y la sentencia apelados.
- 2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



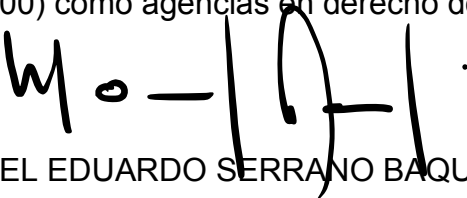
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

ACLARO VOYO

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 LUIS ALBERTO SILVA CASTAÑEDA CONTRA LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ASESORES EN DERECHO S.A.S. (mandataria con representación PATRIMONIO AUTÓNOMO - PANFLOTA), LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. (vocera y administradora PATRIMONIO AUTÓNOMO - PANFLOTA), LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA (administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ) Y SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO & CIA SA – “CASALUKER S.A.”

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre 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 los recursos de apelación propuestos por la parte demandante, COLPENSIONES, SUCESORES DE JOSE DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. – “CASA LUKER S.A.”, la FIDUCIARIA FIDUPREVISORA y ASESORES EN DERECHO SAS, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 5 de febrero de 2021 por el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a: (i) SUCESORES DE JOSE JESÚS RESTREPO Y CIA S.A. – “CASA LUKER S.A.”, a pagar el cálculo actuarial por el valor de los aportes a pensión del actor correspondientes al periodo laborado entre el 21 de febrero de 1963 y el 23 de

septiembre de 1965; (ii) al PATRIMONIO AUTÓNOMO PLANFLOTA, administrado por la FIDUPREVISORA S.A., a pagar el cálculo actuarial por el valor de los aportes para pensión del actor correspondientes al periodo laborado para la COMPAÑÍA INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A entre el 4 de marzo de 1977 y el 15 de junio de 1990; y (iii) a COLPENSIONES a pagar pensión de vejez a favor del demandante partir del mes de marzo de 2015, teniendo en cuenta para el efecto los periodos de aportes a cargo de SUCESORES DE JOSE JESÚS RESTREPO Y CIA S.A. - CASA LUKER S.A. y de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., y los tiempos de servicio que prestó a la FUERZA AÉREA COLOMBIANA. La pensión se reconoció con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, por transición.

Téngase a la doctora 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 apoderado, LUIS ALBERTO SILVA CASTAÑEDA presentó demanda contra la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, ASESORES EN DERECHO en calidad de mandataria con representación del PATRIMONIO AUTÓNOMO PLANFLOTA, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SUCESORES DE JOSE JESÚS RESTREPO Y CIA S.A. “CASA LUKER S.A.”, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor la pensión de vejez a partir del 28 de febrero de 2006, al amparo del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, teniendo en cuenta

para el efecto: (i) los aportes que corresponden al periodo laborado para CASALUKER S.A. entre el 21 de enero de 1963 y el 23 de septiembre de 1965, (ii) los aportes que corresponden al periodo laborado para la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., entre el 4 de marzo de 1977 y el 15 de junio de 1990, y (iii) los tiempos laborados para la FUERZA AÉREA COLOMBIANA entre el 28 de noviembre de 1968 y el 22 de octubre de 1970.

Sobre los hechos que fundamentan las pretensiones, aduce que el demandante ingresó al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA bajo la modalidad de mecánico de mantenimiento, por lo que se presume que tuvo contrato de trabajo con CASA LUKER S.A. entre el 21 de enero de 1963 y el 23 de septiembre de 1965 en virtud de la Ley 188 de 1959 relación de la cual, dan cuenta los archivos del SENA en los que se registra como empresa patrocinadora “*CHOCOLATERÍA LUKER Y QUESADA*” y que dicha empresa lo despidió con justa causa. Además, manifiesta que estuvo vinculado en la COMPAÑÍA DE INVERSIONES LA FLOTA MERCANTE S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido entre el 4 de marzo de 1977 y el 15 de junio de 1990, y dicho empleador no efectuó aportes a pensión, y que prestó sus servicios la FUERZA AÉREA COLOMBIANA entre el 28 de noviembre de 1968 y el 22 de octubre de 1970, entidad que expidió el respectivo bono pensional. Afirma que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES no ha reclamado los bonos pensionales o cálculo actuarial por los tiempos laborados a la FUERZA AÉREA COLOMBIANA, a CASA LUKER S.A. y a la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.

Respecto de SUCESORES DE JOSE DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. y de la mandataria y vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO – PANFLOTA (ASESORES EN DERECHO SAS y FIDUPREVISORA), pide el pago del título pensional o cálculo actuarial que corresponde a los tiempos laborados, y de forma subsidiaria, que se declare la responsabilidad de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO DEL CAFÉ y matriz controlante de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES

DE LA FLOTA MERCANTE S.A., o del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como titular jurídico de la cuenta FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, de las obligaciones pensionales del demandante que se derivan de los servicios que prestó para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA. Respecto de COLPENSIONES pide el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 28 de febrero de 2006, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 o en la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta el IBL de los cotizado en los últimos 10 años, junto con los incrementos pensionales del 14% por cónyuge a cargo, y los intereses moratorios que se generen sobre las mesadas que se causen a partir de dicha data (28 de febrero de 2006). Finalmente, pide de todas las demandadas el pago de perjuicios morales y materiales, lucro cesante y daño emergente, por el incumplimiento en el pago de su mesada pensional y del bono pensional, los cuales estima en 100 SMLMV, o de forma subsidiaria, se le pague el valor de la indemnización establecida en la Ley 10 de 1972, o se paguen debidamente indexadas todas las sumas adeudadas.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el actor no contaba 750 semanas cotizadas para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que perdió el beneficio del régimen de transición, y tampoco acreditó la cantidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. No se pronunció frente a las pretensiones dirigidas en contra de otras demandadas por falta de legitimidad en la causa, no obstante señaló que en la base de datos de la entidad no se reportó la afiliación del trabajador por parte de las empresas CASA LUKER S.A. y la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., y por ende, no era su responsabilidad adelantar los trámites necesarios para el cobro de dichos periodos, y manifestó que adelantará el cobro del bono pensional a que haya lugar por los tiempos de servicio que prestó a la FUERZA AÉREA, una vez el demandante cause el derecho a la pensión de vejez, advirtiéndole que a la fecha el afiliado solo cuenta 134,29 semanas de aportes.

Propuso como excepciones de mérito las de *inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, improcedencia de la indexación, prescripción y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 465 a 500 del cuaderno No 2, expediente digital).

También contestó la demanda la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante no tuvo vínculo laboral con el Ministerio y éste no funge como administrador o fondo de pensiones, y por ello no tiene funciones para reconocer, otorgar o reliquidar derechos de carácter pensional. Además, manifestó que carece de la facultad para definir las controversias que se susciten entre la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. y sus extrabajadores o socios como la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, y que desde el punto de vista legal, no asumió ningún tipo de responsabilidad subsidiaria frente a las pensiones, cálculos actuariales o las demás prestaciones económicas que aquí se reclaman. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *inexistencia de obligación alguno del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, prescripción de los derechos que se reclaman en las pretensiones de la demanda y la excepción genérica* (ver contestación en folios 516 a 543 del cuaderno No. 2, expediente digital).

Igualmente contestó la demanda la FIDUCIARIA LA PREVISORA SA – FIDUPREVISORA S.A., como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que la Fiduciaria no asumió la posición como subrogatoria, cesionaria o sucesor procesal de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE - CIFIM, sino que mediante el contrato de fiducia mercantil No. 3-1-0138 se constituyó un patrimonio autónomo para pagar las mesadas pensionales y los aportes en salud,

obligaciones que se asumen en cumplimiento del acto administrativo expedido por el liquidador, hoy mandatario con representación, siempre y cuando existan los recursos correspondientes para tal fin. Advirtió que la FIDUCIARIA no tiene capacidad para pagar el título pensional o cálculo actuarial pretendido. Estima que quien asumió la posición de sucesora procesal de la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA fue la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, conforme lo estableció la sentencia SU-1023 de 2001 y varias sentencias proferidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Propuso como excepciones de fondo las de *falta de legitimación en la causa por pasiva, cosa juzgada frente a la responsabilidad del Patrimonio Autónomo, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación, prescripción y la innominada* (ver contestación en folios 580 a 606 del cuaderno No 1, expediente digital).

Asimismo contestó la demanda ASESORES EN DERECHO S.A.S en calidad de mandataria con representación del PATRIMONIO AUTÓNOMO - PANFLOTA, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que para la fecha en que el demandante prestó sus servicios a favor de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA (entre el 4 de marzo de 1977 y el 15 de junio de 1990) no existía obligación legal y forzosa de afiliar a los trabajadores marítimos, pues el ISS solo asumió la cobertura de los riesgos en materia pensional a partir del 15 de agosto de 1990 con la expedición de la Resolución 3296 de 2 de agosto de 1990. De forma subsidiaria, pide que se descuenten 181 días que corresponden a licencias no remuneradas o suspensiones durante las cuales no se prestaron los servicios. Además, advirtió que las obligaciones económicas que se desprenden de los actos administrativos expedidos en desarrollo del mandato para dar trámite a los derechos pensionales de los ex trabajadores de la extinta CIFIM, deberán ser pagados a través de PANFLOTA y con cargo a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFIM, el ISS no había asumido los riesgos IVM, imposibilidad*

jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, ausencia del presupuesto fáctico para la procedencia del cálculo actuarial, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, oposición a la condena de costas y los presuntos prejuicios irrogados al demandante, y la innominada o genérica (ver contestación en folios 725 a 752 del cuaderno No 2, expediente digital).

También contestó la demanda la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante no tuvo una relación o vínculo jurídico con la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, y no habría lugar al reconocimiento y pago de concepto alguno derivado de obligaciones de carácter pensional a cargo de terceros. Además, considera que a la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. no le correspondía realizar el aprovisionamiento para el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y advirtió que el pasivo pensional y laboral de la CIFIM está a cargo del Estado dentro de la teoría de la responsabilidad subsidiaria del Estado con los entes autárquicos, y que la Corte Constitucional en la sentencia SU-1023 de 2001 le atribuyó la responsabilidad subsidiaria a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS de forma transitoria, únicamente en relación con las mesadas que se causaran desde junio de 2001, y sin que ello implicara pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponder a la Federación como entidad matriz frente a las obligaciones de la CIFIM. Sobre esto último, considera que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA no fue la causante de la situación de insolvencia de la CIFIM, y por el contrario, sus decisiones estaban orientadas a aliviar la situación económica en la que estaba inmersa dicha Compañía. Propuso como excepciones de mérito las de *ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en*

la causa, prescripción, cosa juzgada, pago y compensación y la genérica (ver contestación en folios 797 a 843 del cuaderno No 2, expediente digital).

Finalmente, compareció al proceso la empresa SUCESORES DE JOSÉ DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. – “CASA LUKER S.A.” a través de apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que la vinculación del demandante como aprendiz SENA no vincula a la empresa aquí demandada, pues no hay prueba de que CASA LUKER haya sido efectivamente el patrocinador del aprendiz, ni de la prestación personal del servicio en virtud del contrato de aprendizaje entre el 21 de enero de 1963 y el 23 de septiembre de 1965. Además, señaló que en la certificación expedida por el SENA se hizo referencia a la empresa “*Chocolatería Luker y Quesada*”, la cual no coincide con la razón social de la empresa demandada, esto es, SUCESORES DE JOSÉ DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A., y advirtió que ni en los registros físicos ni en los virtuales de la empresa existe documentación relacionada con el demandante. Propuso como excepciones de mérito las de *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del vínculo contractual, inexistencia de la obligación de aprovisionar aportes a pensiones y de afiliar al demandante al Instituto de Seguros Sociales, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y prescripción* (ver contestación en folios 753 a 774 del cuaderno No 2, expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 5 de febrero de 2021, a través de la cual el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a: (i) SUCESORES DE JOSE JESÚS RESTREPO Y CIA S.A. – “CASA LUKER S.A.”, a pagar el cálculo actuarial por el valor de los aportes para pensión del actor correspondientes al periodo laborado entre el 21 de febrero de 1963 y el 23 de septiembre de 1965; (ii) al PATRIMONIO AUTÓNOMO PLANFLOTA, administrado por la FIDUPREVISORA S.A., a pagar el cálculo actuarial por el valor de los aportes para pensión del actor correspondientes al periodo laborado para la COMPAÑÍA INVERSIONES DE

LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A entre el 4 de marzo de 1977 y el 15 de junio de 1990; y (iii) a COLPENSIONES a pagar pensión de vejez a favor del demandante partir del mes de marzo de 2015, teniendo en cuenta para el efecto los periodos de aportes a cargo de SUCESORES DE JOSE JESÚS RESTREPO Y CIA S.A. - CASA LUKER S.A. y la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., y los tiempos de servicio que prestó a la FUERZA AÉREA COLOMBIANA, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el demandante LUIS ALBERTO SILVA CASTAÑEDA, trabajó en el marco de un contrato de trabajo de aprendizaje para la sociedad de SUCESORES DE JOSE JESUS RESTREPO & CIA S.A. CASA LUKER S.A, en el lapso comprendido entre el 21 de febrero 1963 hasta el 23 de septiembre de 1965. SEGUNDO: DECLARAR igualmente que entre el demandante y la compañía INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A, existió un contrato de trabajo vigente en el lapso comprendido entre el 4 de marzo 1977 y 15 de junio 1990. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, tener en cuenta para efectos del reconocimiento pensional del accionante el tiempo laborado por el demandante al servicio de SUCESORES DE JOSE JESUS RESTREPO & CIA S.A. CASA LUKER S.A, entre el 21 febrero de 1963 y el 23 de septiembre de 1965. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener en cuenta para efectos del reconocimiento pensional del demandante el tiempo cumplido en la FUERZA AEREA COLOMBIANA, en el lapso comprendido entre el 28 de noviembre 1968 y 22 de octubre de 1970. QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, tener en cuenta para efectos del reconocimiento pensional el tiempo prestado por el demandante, en la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. del 4 de marzo de 1977 a 15 de junio de 1990. SEXTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, proceder a liquidar el cálculo actuarial que se genera con ocasión de las*

vinculaciones del demandante con la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A del 4 de marzo de 1977 a 15 de junio de 1990, teniendo para el efecto las sumas constitutivas de factor salarial para cada una de las anualidades correspondientes, específicamente el salario básico, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, auxilio de alimentación y alojamiento, la proporción salarial de las primas de antigüedad y demás factores salariales en los términos del Art 127 del C.S.T. y S.S., y teniendo en cuenta las previsiones del Art 135 del C.S.T. y S.S, y en consideración a que el salario del actor se acreditó en moneda extranjera para la determinación del cálculo actuarial se deberá tomar el equivalente de dicho valor en moneda nacional colombiana a tipo de cambio oficial del día que se efectuó el pago y mes a mes en los meses respectivos. Siendo de anotar, que el evento en que no existan soportes de asignación salarial para un momento de ese periodo, se deberá tomar el valor del salario del último mes acreditado o en su defecto el salario mínimo legal mensual vigente, para el mes correspondiente, todo lo anterior en los términos del Decreto 1837 de 1994. SÉPTIMO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a liquidar el cálculo actuarial por el periodo laborado por el demandante LUIS ALBERTO SILVA CASTAÑEDA, para SUCESORES DE JOSE JESUS RESTREPO & CIA S.A. CASA LUKER S.A., del 21 febrero de 1963 al 23 de septiembre de 1965. SÉPTIMO: CONDENAR a la demanda SUCESORES JOSE DE JESUS RESTREPO & CIA S.A. CASA LUKER S.A., a pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial en favor del demandante por el tiempo laborado en su compañía del 21 febrero de 1963 hasta el 23 de septiembre de 1965, de acuerdo con la liquidación que para el efecto realice la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, tomando en cuenta para dicha data la asignación salarial mínima legal vigente para la época. OCTAVO: CONDENAR al patrimonio autónomo PANFLOTA del cual es vocera y administradora la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A y mandataria con representación, ASESORES EN DERECHO S.A.S a adelantar las gestiones administrativas pertinentes con el fin de expedir el acto administrativo de reconocimiento del cálculo actuarial y una vez se haya sido

recibido por parte de COLPENSIONES le corresponderá al patrimonio autónomo PANFLOTA de la cual es vocera y administradora la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y mandataria con representación ASESORES EN DERECHO S.A.S. pagar el valor del cálculo actuarial a entera satisfacción de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Todo lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. NOVENO: DECLARAR que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. DECIMO: DECLARAR que el demandante cumplió los requisitos previstos de edad, tiempo y monto previstos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez. DÉCIMO PRIMERO: CONDENAR a LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocerle al demandante LUIS ALBERTO SILVA CASTAÑEDA la pensión de vejez a partir del 28 de febrero del año 2006 y a pagarle las mesadas pensionales respectivas a partir del mes de marzo del año 2015, autorizándose a COLPENSIONES para que de las mesadas pensionales retroactivas adeudadas, descuente los aportes pertinentes con destino al sistema de seguridad social en salud, cabe anotar que las mesadas pensionales retroactivas a que tiene derecho el accionante desde el mes de marzo del año 2015 deberán indexarse tomando para el efecto el IPC que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, de acuerdo con la fórmula: $INDICE\ FINAL / INDICE\ INICIAL * VALOR\ HISTÓRICO = VALOR\ DE\ CADA\ MESADA\ PENSIONAL$. Así, deberá tomarse como índice inicial la fecha de causación de la respectiva mesada, y como índice final, el de la fecha en la que se efectuó el pago por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. DECIMO SEGUNDO: ABSTENERSE de imponer alguna carga a las demandadas FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora nacional del café y a LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. DECIMO TERCERO: EXCEPCIONES Declarar probada la excepción de prescripción respecto de mesadas pensionales causadas en

favor del demandante en el lapso comprendido entre el 28 de febrero del año 2006 y el mes de febrero del año 2015, no probada las excepciones respecto de las determinaciones adoptadas y frente a las absoluciones que procedan se considera el despacho relevado del estudio de las planteadas. DECIMO QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR” (audiencia virtual No 2, minuto 54:45).

Para tomar su decisión el Juez concluyó la procedencia de pago mediante cálculo actuarial de los tiempos que no fueron cotizados por la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA entre el 4 de marzo de 1977 y el 15 de junio de 1990, de conformidad con la jurisprudencia trazada por la Corte Suprema de Justicia en la materia, y ordenó el pago a cargo de la FIDUPREVISORA SA y ASESORES EN DERECHO con los recursos del patrimonio autónomo PANFLOTA, absolvió de las pretensiones subsidiarias dirigidas en contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, dada la prosperidad de las pretensiones principales de la demanda. También concluyó la procedencia del pago mediante cálculo actuarial de los tiempos que no fueron cotizados por CASA LUKER S.A., en virtud del contrato de aprendizaje que tuvo lugar entre el 21 febrero de 1963 hasta el 23 de septiembre de 1965, conforme las certificaciones emitidas por el SENA, advirtiendo que en el RUES se pudo verificar que “CHOCOLATERÍA LUKER Y QUESADA” corresponde a una agencia de la empresa demandada (SUCESORES DE JOSE DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. – CASALUKER S.A.). Sobre el IBC que debe tomar COLPENSIONES para efectos de realizar la liquidación de los cálculos actuariales, advirtió que frente a la FLOTA MERCANTE se deberán tomar los salarios efectivamente devengados en dólares, al cambio del día en el que se debieron efectuaron los pagos debidamente indexados, y de no existir información, se tomará un SMLMV, y en el caso de CASA LUKER S.A. se debe realizar teniendo en cuenta un SMLMV. Finalmente, condenó a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, dado que se cumplen los requisitos establecidos en dicha

normatividad con los tiempos reflejados en el historial de cotizaciones, los tiempos de servicio público reconocidos por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y los tiempos de servicio que aquí se reconocen a cargo de PANFLOTA y CASA LUKER S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de la parte demandante, COLPENSIONES, ASESORES EN DERECHO SAS, FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA y CASA LUKER S.A.

El apoderado del demandante PIDE que: (i) no se absuelva a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS ni al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las condenas impartidas, pues el Juez de la liquidación de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA determinó que todos los gastos que surjan en virtud del concurso y no puedan ser asumidos por la FIDUPREVISORA con los dineros del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA deben ser sufragados por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, y subsidiariamente por la Nación, criterio jurídico que ha sido ratificado jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional SU-1023 de 2001 y de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995; (ii) que se ordene el pago del cálculo actuarial que corresponde por los tiempos laborados a la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA teniendo en cuenta el último salario devengado en dólares, junto con los factores salariales denominados alimentación, primas extralegales, prima de antigüedad, viáticos, horas extra, ayuda operacional, recargos y aojamiento certificados en la liquidación final, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del Decreto 1887, a fin de que COLPENSIONES no sufra ningún detrimento al momento de pagar el retroactivo pensional del actor; y, (iii) que se reconozcan intereses moratorios

sobre las mesadas adeudadas, de conformidad con lo establecido en la sentencia de la Corte Constitucional C-601 de 2000 y en el reciente cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia (audiencia virtual No 2, hora 1, minuto 2:50)¹.

¹ “Gracias su señoría, muy amable, interpongo recurso de apelación parcial con la sentencia que acaba de proferir su Despacho va a ser contra los numerales 6, 8 11 y 12 por las siguientes razones de hecho y de derecho. En primer lugar es claro quién, está, en la, al cerrarse la flota mercante Grancolombiana indudablemente el Juez de concurso determinó que quién debería responder por las acreencias laborales era el patrimonio autónomo Pan flota y también nombró un mandatario para que expidiera los actos administrativos, sin embargo, dentro de ese, dentro de ese auto que profirió el Juez del concurso dejó clarísimo que quién debe sufragar todos los gastos es la Federación Nacional de cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, para ello basta remitirnos a los hoy 100 fallos que ha proferido en el Tribunal Superior de Bogotá y obviamente la Corte Suprema de Justicia, 22 años, en los cuales ha ratificado la jurisprudencia efectivamente si bien el patrimonio autónomo es el que tiene que pagar esos dineros, no es menos cierto que quien provee los dineros del fondo, del patrimonio autónomo Plan Flota es la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, ello obviamente en cumplimiento de la SU1023 del 2001, pero obviamente así se ha venido estableciendo, entonces esta sentencia donde se ha ratificado que la Federación Nacional de cafeteros es la responsable de ese, de ese pasivo pensional en cumplimiento al parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, jurisprudencia que como lo he dicho, ya en 100 proceso en el Tribunal Superior de Bogotá se ha decretado que efectivamente es la Federación la que proveer esos dineros, por lo tanto ese numeral en el cual se condena al patrimonio autónomo, si el patrimonio autónomo no tiene los dineros para el pago, deberá ser la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café quien pague dicho cálculo y subsidiariamente la Nación para ello, obviamente es claro que cursa un proyecto de ley en el cual, en el Congreso de la República en el cual se solicita que sea el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el que pague esos, las pensiones, las pensiones de la flota mercante Grancolombiana y con mayor razón, pues obviamente estos..., debe modificarse la sentencia en ese sentido para que si la fiduprevisora no tiene los dineros en el patrimonio autónomo debe ser la federación Nacional de cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, quien pague , quien de esos dineros para que la, para que la fiduciaria pague lo de la, el cálculo actuarial. Ahora bien, en cuanto a los intereses por el cálculo actuarial, es claro que el Decreto 1887 de 1994, en su artículo 4 tiene una, una fórmula matemática que ya viene incluido los intereses como un DTF y es un todo y es un todo precisamente porque con esos dineros, ya se ha probado en los diferentes procesos que se llevan ante la jurisdicción que ni siquiera haciéndolo con el último salario como lo establece el parágrafo de ese artículo se, la entidad en este caso Colpensiones tiene los recursos necesarios para pagar los retroactivos y mucho menos pues la pensión completa del actor, por ello es claro que en esto también se debe modificar la sentencia, en el sentido de que el cálculo actuarial debe efectuarse con el último salario devengado tal y como lo establece el parágrafo del artículo 4° del Decreto de 1887, para que Colpensiones no tenga ningún detrimento patrimonial y tenga el dinero suficiente para pagar el retroactivo y la pensión del, del accionante. Ahora bien (Doctor, usted es el apoderado del demandante no de Colpensiones le recuerdo) Si gracias su señoría, pero, pero ese es un detrimento que, que uno como, como ciudadanos si ve que Colpensiones está sufriendo ese detrimento pues obviamente lo he venido advirtiendo a los diferentes, a la jurisdicción de que debe corregirse y aplicarse la normativa vigente, que como lo ha dicho la Corte de sus 471 sentencias al día de hoy de cálculo actuarial, establece claramente que es el último salario y es las normas que estén vigentes al momento de proferirse la sentencia o deje de darse la, perdón, la prestación y no como lo pretende algunas de demandadas que tiene que ser con los salarios anteriores, con los salarios indexados etcétera, etcétera. Ahora bien en cuanto los salarios, revisando minuciosamente la historia, la hoja de vida de trabajador encontramos que efectivamente el ingreso con un salario en dólares y una alimentación en dólares y está, está aprobado los

La apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia en cuanto le ordenó pagar la pensión de vejez, advirtiendo que desconoce las condiciones en las que se desarrollaron las relaciones laborales y se efectuaron los pagos que son constitutivos de salario, por lo que son los empleadores demandados quienes deben informar los valores que devengó el demandante para definir el valor de la mesada pensional a reconocer (audiencia virtual No 2, hora 1, minuto 14:01)².

salarios mes a mes con las de prima, de las primas extralegales de servicio, ahí está establecido sin lugar a dudas que el salario efectivamente lo conforma el salario básico, la prima de antigüedad, los viáticos que son salario en cláusula quinta del contrato, las horas extras, ayuda operacional, recargo nocturno, la alimentación y alojamiento y obviamente la prima extralegal de servicio, que es salario en cumplimiento al pacto Nueva York de 1965 que, en él, en el laudo arbitral de 1981 quedó claro que estaba vigente para las partes y allí se acordó que 15 días de salario, perdón que 15 días de la prima de servicios eran salario, por ello, cómo se puede ver en la liquidación final, es salario por eso lo computa la empresa para, como último salario, como parte integrante del salario, por ello está claro que está probado en el expediente la liquidación final, con la cual se puede establecer el salario con el cual se debe efectuar el cálculo actuarial y con la ... se puede determinar mes a mes el salario que devengo el trabajador para que definan su prestación, su pensión de vejez. Ahora bien, recientemente la Corte Suprema de Justicia cambió su antigua posición jurídica con respecto a los intereses moratorios y por ello ha establecido que hoy si procede los intereses moratorios, por eso también solicitó que se modifique la sentencia no indexando, sino aplicando los intereses moratorios, qué tal y como lo dijo la sentencia C 601 del 2000, la Corte Constitucional al indicar que efectivamente los intereses moratorios resarcen los perjuicios morales y materiales que sufre el pensionado al no pagársele a tiempo su mesada pensional, por ello es claro que el incumplimiento a esa sentencia, la C601 del 2000 de la Corte Constitucional y con la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sala laboral, en sentencia de septiembre proceden los intereses moratorios en lugar de indexación, como está pedido en la demanda. Ahora bien, también agregó que obviamente la Federación y el Ministerio obviamente deben continuar y deben de responder subsidiariamente tal y como lo expresé anteriormente, el Ministerio porque en últimas es el dueño de esa cuenta parafiscal llamada Fondo Nacional del Café y así lo estableció el Consejo de Estado, en su, en su sala de consulta en la cual indicó que debía ser el Ministerio Hacienda el que debía de pagar todos estos remanentes de la flota, sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 determino qué definitivamente como el administrador era la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, pues era esa a quién se le imponía a pagar los, las pensiones y obviamente dentro de las pensiones están estos cálculos actuariales, por ello consideró que se debe modificar parcialmente la sentencia proferida por su Despacho en estos términos dejó sustentado mi apelación, gracias su señoría”.

² “Gracias señoría, me permito interponer recurso de apelación contra el fallo aquí proferido y esto en razón a, pues a dos puntos y el principal es respecto a la orden que se le da a COLPENSIONES de reconocer y pagar la pensión de vejez del aquí demandante y no y no tanto como él, el derecho pues que le surja al demandante, qué es ese el otro punto en mi apelación, sino puntualmente en la orden dada por el Despacho respecto a la forma en la que se le debe pagar, toda vez que si bien es cierto, el Despacho indicó que los ex empleadores tenían que pagar los respectivos cálculos actuariales, mi representada desconoce totalmente cuáles eran estos pagos, que se le hicieron por las distintas, por todas las, las causas que pues que, que constituyen salario al demandante de tal manera pues que cualquier

La apoderada de ASESORES EN DERECHO S.A. solicita que se revoque la sentencia dictada en primera instancia en cuanto la condenó a pagar el valor del cálculo actuarial y a remitir a COLPENSIONES la documentación que tenga sobre el trabajador. Afirma que solo tiene competencia para elaborar la resolución que reconozca el cálculo actuarial a que haya lugar, pero no tiene a su cargo el pago, y explicó que es la FIDUCIARIA LA PREVISORA y de manera subsidiaria la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS quienes tienen a cargo el pago de dichos aportes. Además, manifiesta que no está obligado a tener la custodia y administración de la documentación del extrabajador (audiencia virtual No 2, hora 1, minuto 16:59)³.

reconocimiento que realice mí, mi representada sería pues inexacto toda vez que podría representar más o menos de la cifra que realmente se le debería pagar al, al demandante, en razón a que pues, qué son, son los demanda, los otros codemandados quienes deben hacer el trámite e informar a COLPENSIONES cuáles son los valores que devengo el demandante, en calidad de ex trabajador y pues la segunda parte de mi apelación, consiste en que pues no sé si, los codemandados van a interponer recurso de apelación pero pues en caso que así sea, sí porque finalmente COLPENSIONES no tiene formas de probar si efectivamente existió o no existió la relación laboral o en qué, en qué situaciones se dieron éstas, pues sí solicitó respetuosamente al Tribunal que se tengan en cuenta estas para efectos de, pues de conceder el primer punto de mi recurso de apelación y es si existe o no el derecho a favor del demandante, para el reconocimiento de la pensión de vejez, sin embargo, pues creo que esta sería como una pretensión subsidiaria, pues de mi parte, en mí, en mi apelación sin otro particular, pues de este modo dejó sustentado el recurso de apelación, gracias”.

³ “Gracias su señoría, siendo esta la oportunidad procesal correspondiente, manera muy respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba preferir y le solicito de esta misma manera los honorables magistrados del Tribunal absolver a mi representada Asesores en Derecho en los puntos en los cuales fue condenada, en razón a las siguientes consideraciones. En primer lugar, esta apoderada de manera muy respetuosa, reitero, me apartó de las consideraciones esbozadas por el Juez al momento de proferir la sentencia, objeto del presente recurso de apelación, por cuanto en primer lugar de las pretensiones incoadas por la parte demandante, en ninguna se solicita que mi representada Asesores en Derecho efectúe el pago del cálculo actuarial al cual fue condenado, o se efectuó la condena en este caso, esto por cuanto es evidente en las pretensiones se señala que Asesores en Derecho únicamente debe estar encaminado a elaborar un, en la debida Resolución frente al cálculo actuarial, más no a efectuar el pago de la misma, esta circunstancia también se encuentra acreditada en el mismo contrato de mandato que obra en el expediente de este proceso, en el cual se señalan de manera taxativa cuáles son las funciones que se encomendaron a mi representada Asesores en Derecho y en ninguna de ellas se encuentran el efectuar el pago del cálculo actuarial, inclusive en este mismo contrato de mandato, se señala quiénes son los responsables patrimonialmente de elaborar, de efectuar el pago del cálculo y en él, en él se evidencia que no es mi representada Asesores en Derecho sino la fiduciaria la previsora y de manera subsidiaria, la Federación Nacional de Cafeteros, es aquí donde le solicito muy respetuosamente los honorables magistrados del Tribunal revoquen esta condena impuesta mi representada en lo concerniente a efectuar el pago de un cálculo actuarial cuando pues el mismo contrato de mandato es claro en señalar que mi representada no es la entidad competente para efectuar tal pago, además de condenar

El apoderado de la FIDUCIARIA LA PREVISORA pide que se revoquen las condenas impuestas en su contra, con fundamento en que son contrarias a las obligaciones previstas en el contrato de fiducia mercantil y al contenido de la sentencia SU-1023 de 2001, y a las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Sociedades en uso de sus facultades jurisdiccionales. Insiste en que el PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA no es sucesor procesal de la extinta FLOTA MERCANTE, pues es un mecanismo de pago de las obligaciones que se encuentran a cargo de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, por tratarse de la sociedad matriz de dicha Compañía, y advirtió que la condena a pagar el cálculo actuarial puede ser cumplida sin que medie el PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, tal y como lo concluyó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en tres decisiones proferidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en las cuales se absolvió a FIDUPREVISORA de las pretensiones incoadas en este tipo de procesos y se condenó exclusivamente a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS (audiencia virtual No 2, hora 1, minuto 29:19)⁴.

a mi representada a efectuar este pago que estoy apelando, generaría entonces un desconocimiento de un principio general del Derecho, el cual es en relación a nadie está obligado a lo imposible, nosotros como Asesores en Derecho no podemos actuar más allá de las funciones que se nos encomendaron en el contrato de mandato, circunstancia por la cual, le solicité nuevamente a los honorables magistrados absolver a mi representante frente a la obligación de efectuar el pago del cálculo actuarial. Asimismo, es importante señalar que las consideraciones de la sentencia objeto del presente recurso de apelación, el Juez señala que Asesores en Derecho está en la obligación de remitirle a Colpensiones la documental que obra frente a que sea esta entidad la que elabore el cálculo actuarial, pero es importante señalar y me vuelvo a remitir al contrato de mandato, las... ha hecho no tiene ningún tipo de documental, ni es el obligado en efectuar la custodia y administración de esta clase de documentos, por lo que le estaría completamente imposible a mi representada remitir la documental que señaló el Juez en sus consideraciones. En los términos dejo sustentado mi recurso apelación agradeciéndole su señoría la oportunidad brindada, muchísimas gracias”.

⁴ “Muchas gracias su señoría y encontrándome dentro de la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia emitida recientemente, frente al cual presenté las siguientes pretensiones impugnativas y procedo a sustentarlo en el siguiente, en el siguiente orden. La condena impartida en contra del patrimonio autónomo es contrario a las obligaciones previstas en el contrato de fiducia mercantil 3101 38 2006 aportado dentro de la contestación de la demanda y también violatoria de la sentencia de unificación 1023 de 2001 y de las providencias expedidas en su rol y con sus facultades jurisdiccionales, por la Superintendencia de Sociedades aportadas también en el expediente, esto lo afirmó en la medida en que primero el contrato de fiducia mercantil no estableció como objeto del

fideicomiso el pago de cálculos actuariales, ni mucho menos emitir certificaciones laborales, laborales y salariales, entre otras, dado que el patrimonio autónomo no es sucesor procesal de la extinta flota mercante solamente es un mecanismo de pago de las obligaciones a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros como sociedad matriz de la extinta flota mercante, ese hecho se encuentra plenamente acreditado dentro del expediente. La sentencia segundo punto, la sentencia desconoce abiertamente las reglas de la sentencia SU 1023 de 2001 y las providencias del Juez del concurso, después de la Superintendencia de Sociedades quienes establecieron de forma uniforme que el responsable de las obligaciones dinerarias de carácter pensional, corresponde asumirlas a la Federación Nacional de Cafeteros en su especial condición como administradora del Fondo Nacional del Café, en virtud de la responsabilidad subsidiaria reglamentada en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 que presume legalmente que la causa de liquidación de la sociedad subordinada en este caso de la flota mercante, ocurrió como consecuencia del control de la sociedad matriz, para este caso de la Federación Nacional de Cafeteros en su especial condición, el Despacho indebidamente liberó a la sociedad matriz de la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 148 ya anotado, cuando contrario a su afirmación, lo dejó bien claro el Juez del concurso, por ejemplo entre otros en el auto 400 01 7782 en el cual razonó lo siguiente abro "el obligado es y seguirá siendo la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del fondo Nacional del café a quien en, en ningún momento se le está exonerando de las obligaciones impuestas por la honorable Corte Constitucional para lo cual se utilizará el instrumento que es el patrimonio autónomo constituido Fiduprevisora, quién será el encargado de ejecutar materialmente las obligaciones a cargo la citada Federación advirtiendo, igualmente que las obligaciones dinerarias están a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y en ningún momento se les trasladarán a la fiduciaria la previsora. Ergo la obligación dineraria para él, para el pago de las obligaciones relativas al cálculo actuarial no están a cargo el patrimonio autónomo, al punto que esta obligación puede ser cumplida de forma directa por la Federación Nacional de Cafeteros, sin mediar el patrimonio autónomo, tal como lo indicó la misma Superintendencia de Sociedades en su rol y con sus facultades jurisdiccionales en el auto 400 01 509 abro "el hecho de que existiera una eventualidad o una eventualidad irregularidad en el contrato de fiducia no es óbice para que no se cumpla el fallo de tutela SU 1023 de 2001 proferido por el honorable Corte Constitucional, en el cual se ordena a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café que ponga a disposición los recursos para el pago de las mesadas pensionales y aportes en salud y subrayó, lo cual no está supeditado a la existencia de un contrato de fiducia mercantil, ni a ninguna otra figura jurídica." Luego si la obligación de proveer los recursos para el pago las obligaciones pensionales de los ex trabajadores de la extinta flota corresponden a la Federación con independencia de si existe un contrato de fiducia mercantil, razonable es que no se podía absolver del fallo al proveedor de esos recursos, al sujeto de derechos, verdaderamente responsable del concordato que sufrió la extinta flota mercante, esto lo digo porque hasta la fecha la Federación Nacional de Cafeteros en su especial condición, no ha logrado desvirtuar, nunca la presunción legal prevista en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 ni ante el Tribunal Superior de Bogotá ni mucho menos ante la Corte Suprema de Justicia, lo cual respetuosamente constituye una violación grave al precedente establecido por los superiores del juez a quo, máxime cuando no dio ningún argumento para apartarse de los mismos, como ejemplo se citarán tres decisiones del Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral, en el cual absolvió de forma clara mi representada y se condenó a la Federación Nacional de Cafeteros a asumir ese tipo obligaciones, éstas, estos casos que voy a citar presentan similar o igual estructura fáctica y jurídica y similares, por no decir iguales, problemas jurídicos, entre estas sentencias están, las sentencias de 16 de mayo de 2019 proferida dentro del expediente con radicación 2017 00094 01, en igual sentido de la sentencia del 7 de mayo de 2019 dentro del expediente 2017 000 168 01, en el mismo sentido de la sentencia del 6 de mayo de 2019, dentro del proceso con radicación 2016 00 610 01. Como fallos emitidos por la Corte Suprema solamente me limito a citar uno, que es uno de los más recientes, la sentencia SL 47120 149 radicación 73 446 del 13 de febrero de 2019. Ante lo anterior y en resumen se solicita al honorable Tribunal revocar en su integridad el fallo proferido en esta, por el juez a quo y se proceda a emitir sentencia

Finalmente, la apoderada de CASA LUKER S.A. pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia en cuanto declaró la existencia de un contrato con el demandante, y en cuanto la condenó al pago del cálculo actuarial que liquide COLPENSIONES. Afirma que no se demostró la existencia de contrato de trabajo en calidad de aprendiz de CASA LUKER, ni la duración de la supuesta relación contractual, y advirtió que la certificación que emitió el SENA constituye un simple indicio de una supuesta relación contractual, pues en ella solo se consigna que la matrícula del actor fue pagada por la empresa patrocinadora, el periodo de estudios y las notas obtenidas, sin que se pueda concluir de ella la fecha de inicio o terminación de la prestación de servicio por parte del aprendiz. Además, considera que es incorrecto asimilar el contrato de aprendizaje a un contrato de trabajo para efectos pensionales, pues se desconoce con ello la naturaleza y la normatividad que regula la relación de aprendizaje (Ley 188 de 1959), que no tiene por objeto reconocer prestaciones a favor de los aprendices, lo que emerge con claridad en la normatividad que regula actualmente la materia (Ley 789 de 2002) en la cual se contempla la obligación de los patrocinadores de pagar únicamente aportes a salud y riesgos laborales (audiencia virtual No 2, hora 1, minuto 38:31)⁵.

absolutoria a favor de mi representada en apego a los precedentes anteriormente citados, muchísimas gracias su señoría”.

⁵ “Gracias señor Juez, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de las decisiones que acogen las pretensiones en contra de Casa Luker S.A, especialmente la declaratoria de existencia de la relación contractual y el numeral 7° de la parte resolutive, mediante la cual se le condena al pago del cálculo actuarial que efectúe Colpensiones en favor del demandante, para que sean revocadas en su integridad y en su lugar, se acojan las excepciones de inexistencia de la relación contractual y de existencia de la obligación de efectuar a provisionar aportes a seguridad social, con base en los errores de hecho y derecho que pasan a exponer. Tener por probado, sin estarlo, la existencia de un contrato de trabajo con el demandante en calidad de aprendiz de Casa Luker, además del periodo de la supuesta relación contractual, lo anterior en la medida en que de las ficha acumulativa expedida por el Sena en agosto 2017, en la que se indica que al demandante le fue cancelada la matrícula por la empresa patrocinadora y se indica el periodo de estudios y las notas obtenidas por el demandante en sus componentes teóricos, no es posible concluir la fecha de inicio y terminación de la prestación de servicio por parte del aprendiz, máxime cuando se afirma en la misma certificación que contrató le fue cancelado con justa causa, no expresándose cuál fue la fecha para dicha terminación y por tanto qué tiempo de servicio efectivamente se prestó, en tal sentido dicha ficha acumulativa constituiría prueba apenas indiciaria de una supuesta relación contractual, que no fue convergente ni concordante con ninguna otra prueba

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

practicada en el proceso y especialmente con algunas que diera cuenta de la prestación personal del servicio sin la cual el contrato es inexistente. Constituye asimismo un error en las conclusiones del a quo tener por probado un contrato de trabajo, en lugar de uno de aprendizaje y equiparlos en sus efectos pensionales cuando para la época de los hechos de la demanda ya existía la Ley 188 de 1959 que regulaba en forma especial la relación del aprendizaje, así desconoce el Despacho la normatividad especial aplicable al caso en concreto, al contrato de aprendizaje en materia de obligaciones del patrocinador y da... que no tiene el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo haciéndole extensivo al contrato de aprendizaje, según lo dicho en la condena a cargo de Casa Luker S.A no está fundada en una norma sustantiva que permita afirmar que para la época en la que supuestamente se prestó el servicio favor de la empresa patrocinadora, es decir, entre el 23 de enero de 1963 y el 23 de septiembre 1965 existía la obligación de la empresa patrocinadora de realizar aportes en favor del aprendiz, lo anterior en vista de que a la fecha, que a la fecha en que el demandante aduce haber tenido vínculo contractual con Casa Luker S.A ya la Ley 188 de 1959 disponía en su artículo séptimo numeral segundo, sobre las obligaciones del patrocinador, la de pagar al aprendiz el salario pactado según la escala establecida en el respectivo contrato, tanto en los periodos de trabajo como en los de enseñanza, no así la de pagar aportes a seguridad social. Asimismo, en cuanto al efecto jurídico del contrato de aprendizaje, el artículo décimo de la referida norma especial, es la Ley 188 del 59 a diferencia del texto original del artículo 88 numeral 1° del Código Sustantivo del Trabajo no establecía que los aprendices gozarían de todas las presta... (doctora se le puso en silencio el micrófono) ya había desaparecido, no había equiparación, ni igualdad cuya prestaciones entre contrato de trabajo y contrato de aprendizaje. Con base en lo anterior, en una interpretación sistemática e histórica según se dejó dicho en las excepciones de la demanda y en los alegatos de conclusión, es posible concluir que la Ley 188 del 59, salvo el salario contractualmente pactado no tenía la finalidad de reconocer prestaciones a los aprendices, lo que incluiría los aportes en pensión, tanto es así que la evolución normativa en la materia, actualmente consagrada en la Ley 789 de 2002, evidencia que esta clase de vínculo no genera derecho al pago de prestaciones pensionales, sino únicamente en salud y ARL. De otro lado, si bien la ley 90 del 46 incluía a los aprendices dentro de las personas que habían que afiliarse al sistema pensional, que estaría a cargo del instituto de seguros sociales, también es cierto que como bien fue manifestado por el señor Juez en el fallo que nos ocupa, las previsiones aplicables al demandante en materia pensional, corresponde a los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo entre el... ley 2663 de 1950 que dispuso en su artículo 260 numeral segundo, que el trabajador que fuera retirado sin alcanzar la edad de 55 años, si era hombre, tendría derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, siempre que hubiera cumplido el requisito de 20 años de servicio, lo cual no se cumple en el presente caso, pues si se da por... 2 años y 18 meses. Así las cosas para la fecha que se supone que el señor Silva Castañeda inició labores, no le aplicaba lo dispuesto por la Ley 90 del 46, sino lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, en materia pensional, y no habiendo causado los requisitos para pensionarse por cuenta del empleador toda vez que como se reitera de haberle prestado el servicio a Casa Luker, eso fue muy... no estaba llamado a ser beneficiario de la pensión ni del aprovisionamiento, de igual manera no fue sino hasta la expedición del Decreto 3041 del 66 con vigencia a partir del primero de enero del 67, que se dispuso la entrada en vigencia y funcionamiento del Instituto de Seguros Sociales, y por tanto la afiliación de los trabajadores al sistema y la subrogación del empleador conforme el artículo 76 de dicho Decreto respecto de los obreros y empleados que hubieran venido sirviéndole, disposición acorde con el principio de irretroactividad de la Ley y no existiendo para ese momento la supuesta relación contractual que el señor Silva Castañeda y mi representada eventualmente culminada el 23 de septiembre del 65, Casa Luker no tenía porque efectuar los pagos, ni ese aprovisionamiento. Muchas gracias”.

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para resolver la instancia: (i) la prestación de servicios de LUIS ALBERTO SILVA CASTAÑEDA en favor de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE bajo contrato de trabajo, entre el 4 de marzo de 1977 y el 15 de junio de 1990 (ver contrato de trabajo, aviso de admisión y de ingreso audiencia de conciliación de 28 de junio de 1990, y aviso de retiro, en las páginas 279, 316, 753 a 756, y 761, cuaderno No 3, carpeta nominada *folio 871* del expediente digital); (ii) que el trabajador no fue afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE durante la relación laboral, pues solo a partir del 15 de agosto de 1990 se dispuso la inscripción del personal de mar vinculado en las empresas y agencias de transporte marítimo en el Sistema de Pensiones, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 3296 proferida por el Director del ISS el 2 de agosto de 1990; y (iii) que CHOCOLATERÍA LUKER Y QUESADA es una agencia de la razón social SUCESORES DE JOSE DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. – CASALUKER S.A. (conclusión a la que llegó el juez de primera instancia de la consulta que efectuó en el Registro Único Empresarial –RUES, que no fue objeto de recurso de apelación).

Por razones de método el Tribunal estudiará: (i) si el demandante tiene derecho a que se paguen, mediante cálculo actuarial, los aportes que correspondan por tiempos que laboró para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA entre el 4 de marzo de 1977 y el 15 de junio de 1990, y de ser procedente, (ii) las entidades que tienen a cargo el pago del cálculo actuarial que corresponde por los tiempos laborados para la CIFIM (iii) los parámetros bajo los cuales se debe efectuar su reconocimiento; (iv) si entre el demandante tiene derecho a que se paguen mediante cálculo actuarial, los aportes que correspondan por tiempos que dice haber laborado para la empresa SUCESORES DE JOSE DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. mediante contrato de aprendizaje entre el 21 de enero de 1963 y el 23 de septiembre de 1965; y (v) si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez

que se reclama a cargo de COLPENSIONES teniendo en cuenta los periodos que puedan estar a cargo de PANFLOTA y de SUCESORES DE JOSE DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. – CASALUKER S.A., para lo cual se definirá (de ser el caso) los parámetros bajo los cuales se debe reconocer la prestación y la procedencia de los intereses moratorios que reclama la parte actora. Lo anterior, en consonancia con los recursos de apelación presentados por las partes y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

- **(i) OMISIÓN EN EL PAGO DE APORTES POR LOS TIEMPOS LABORADOS A LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA.** Para resolver esta parte de la controversia, la Sala se remite al contenido del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, norma que dispone la obligatoriedad de efectuar las cotizaciones *“durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, (...) a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que ellos devenguen”*, norma de la cual resulta para el empleador responsabilidad por la omisión en la afiliación y/o en el pago de los aportes.

Cuando omite la afiliación del trabajador la normatividad dispone a su cargo el pago, mediante cálculo actuarial, del valor de los aportes para pensión por sus servicios prestados, tiempos que deberá computar la entidad pagadora de pensiones siempre y cuando el empleador traslade a satisfacción de la suma que corresponde a dicho cálculo actuarial (inciso 1°, párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993); y cuando se omite el pago de los aportes de un trabajador afiliado, las normas disponen a cargo del empleador el pago del aporte junto con el interés moratorio *“igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios”* (artículo 23 de la Ley 100 de 1993), y los tiempos correspondientes a dichos aportes deben ser computados por la entidad pagadora de pensiones aun cuando no se haya efectuado el pago pues dicha entidad tenía a su cargo y contaba con las herramientas jurídicas pertinentes para hacer el cobro respectivo, según lo ha dicho reiterada jurisprudencia de

la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 5 de junio de 2012 radicación 41958).

Así las cosas, y dado que frente a la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. se incurrió en una omisión de afiliación en el periodo comprendido entre el 4 de marzo de 1977 y el 15 de junio de 1990, pues como se indicó con anterioridad solo se dispuso la inscripción del personal de mar vinculado en las empresas y agencias de transporte marítimo al Sistema de Pensiones a partir del 15 de agosto de 1990 (Resolución 3296 de 1990), procedía la condena impuesta en primera instancia.

Se debe precisar para contestar al argumento de apelación que según el criterio expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico como Juez de Casación Laboral para unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide (ver sentencia dictada el 16 de julio de 2014, radicación n° 41745 y en copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad⁶), esa corporación definió que existe responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones durante los periodos en los cuales no había cobertura de los riesgos de Invalidez, Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales, pues: *“(...) no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del artículo 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la*

⁶ Reiterada mediante sentencias de radicado 45107 del 24 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; radicado 59027 del 1° de julio de 2007, M.P. Luis Gabriel Miranda; radicado 43182 del 20 de octubre de 2015, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas. (...) bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional”.

Se confirmará entonces condena al pago mediante cálculo actuarial de los aportes correspondientes a los tiempos que laboró el demandante para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA entre el 4 de marzo de 1977 y el 15 de junio de 1990. Dicho cálculo actuarial debe ser sufragado en la parte que corresponde al empleador, pues desde la expedición del Decreto 3041 de 1966 el trabajador ha tenido a su cargo un porcentaje de la cotización para cubrir los riesgos de IVM, situación que resulta particularmente clara en casos como el que se estudia, en el cual la falta de afiliación del trabajador no obedeció a una omisión del empleador frente a las obligaciones que le impusieran normas legales, sino al criterio jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ante la ausencia de una norma que dispusiera *expresamente* para el personal del mar que laboraba para empresas y agencias de transporte marítimo la obligación de afiliar a sus trabajadores al ISS para cubrir los riesgos de IVM, o hacer las reservas pertinentes.

- **(ii) ENTIDADES QUE TIENEN A CARGO EL PAGO DEL CÁLCULO ACTUARIAL QUE CORRESPONDE POR LOS TIEMPOS LABORADOS PARA LA CIFIM.** Dado que la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, ex empleadora del demandante se encuentra liquidada según consta en el Auto N° 400-015977 de 24 de septiembre de 2013 expedido por

la Superintendencia de Sociedades (ver páginas 665 a 667, cuaderno No. 2 del expediente digital), se debe definir cuál es la entidad encargada de reconocer y pagar el cálculo actuarial del demandante.

Para el efecto, se advierte que FIDUPREVISORA S.A. suscribió con la compañía de inversiones de la FLOTA MERCANTE S.A. en liquidación obligatoria, un contrato de fiducia mercantil y se constituyó el PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA con los recursos y bienes que le fueran remitidos por esta última, con el fin de que *“la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas, y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos”* (ver contrato de fiducia mercantil 3-1-0138 suscrito el 14 de febrero de 2006, obrante en las páginas 612 a 628, cuaderno No. 2 del expediente digital). Por ello la entidad traída a juicio FIDUPREVISORA, como vocera y administradora de tales recursos, tiene a su cargo el pago del cálculo actuarial con cargo a los mismos, como lo concluyó el juez de primera instancia.

Cabe advertir que, conforme a lo establecido en la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, la FIDUCIARIA no está obligada a asumir de sus recursos propios pago alguno de las obligaciones que se impongan en contra de PANFLOTA. Por ello y frente a la anunciada ausencia de recursos y la liquidación del deudor COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. LIQUIDADA, será la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ quien asuma la obligación de suministrar los recursos necesarios al patrimonio para se puedan satisfacer las obligaciones a su cargo.

Sobre la materia, la Corte Constitucional en la sentencia SU-1023 de 2001 y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 471 de 2019, concluyeron la responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del

FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, frente a las obligaciones de la extinta FLOTA MERCANTE, en atención a la presunción legal de responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante sobre las obligaciones de la sociedad controlada que establece el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995. En dicha sentencia SU-1023 de 2001 –a cuyo contenido se remite la Sala- se definió lo siguiente: i) que la sociedad anónima COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. - CIFM fue adquirida en un 80% por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS con cargo a unos recursos del Fondo Nacional de Café, y que los recursos del Fondo Nacional del Café son recursos parafiscales; ii) que la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.-CIFM ingresó a proceso judicial de liquidación obligatoria desde el 31 de julio de 2000 y dicho proceso se regula por lo dispuesto en la Ley 222 de 1995; iii) que la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. EN LIQUIDACIÓN es una sociedad subordinada respecto de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como matriz o controlante; iv) que por esta razón opera sobre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA la presunción de responsabilidad subsidiaria que dispone el parágrafo único del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, norma según la cual se presume culpa de la sociedad matriz o controlante en el estado de insolvencia o liquidación de las sociedades que le son subordinadas. Sin embargo y dado que se trata de una presunción de hecho o LEGAL y no de DERECHO, bien puede la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS excluir su responsabilidad probando, en cada proceso y de manera suficiente, que la situación de insolvencia de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A- CIFM no le es imputable⁷; y v) que no obstante la naturaleza parafiscal de los recursos del

⁷ “en aplicación del parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, para efectos de proteger los derechos fundamentales involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo, se presume transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, al ser ésta, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café. Téngase en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. En tal virtud, corresponderá a la CIFM asumir la responsabilidad principal del pago de las mesadas causadas y no pagadas y las mesadas futuras a todos los pensionados a cargo de la CIFM. La entidad matriz responderá, subsidiariamente, en la medida en que la CIFM incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, las cuales, por

Fondo Nacional del café, estos sí pueden destinarse al pago de las pensiones a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante -CIFM⁸.

Como la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA no desvirtuó la presunción de culpa que recae sobre ella como sociedad matriz en el estado de insolvencia de la FLOTA MERCANTE, procedían las condenas impuestas en primera instancia que también serán confirmadas.

La carga de probar que la insolvencia de la sociedad COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. es ajena a una acción u omisión de la matriz FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, o lo que es lo mismo, que a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS no le resulta imputable dicha situación, corresponde a ésta última entidad, quien para el efecto debió aportar pruebas útiles, pertinentes, y suficientes. Y se dice lo anterior, porque las pruebas son el medio con el que cuenta el operador judicial para verificar la ocurrencia de los hechos que sirven

disposición de la ley 50 de 1990, tienen el carácter de obligaciones preferentes o de primer orden en relación con los demás créditos de la empresa en liquidación”.

⁸ “(...) la Corte no admite este argumento pues existen dos presupuestos fácticos, acordes con la naturaleza de las rentas parafiscales, que permiten la afectación de los recursos de la Federación Nacional del Café - Fondo Nacional del Café en esta oportunidad. En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano, y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.

Téngase en cuenta además que los recursos del Fondo Nacional del Café son administrados por la Federación Nacional de Cafeteros como persona jurídica y en virtud del contrato de administración firmado periódicamente con el Gobierno Nacional. Así mismo, la titularidad de las acciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante están a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, en tanto es la Federación la persona jurídica, de derecho privado, encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café, en virtud del señalado contrato de administración y debido a que el Fondo carece de personalidad jurídica propia (...).”.

de soporte a las pretensiones de la acción, o los argumentos de la excepción dentro del proceso. El medio probatorio aportado debe ser por ello, no solo conducente y pertinente a la controversia, sino fundamentalmente eficaz en grado tal, que de él se deduzca con certeza la ocurrencia del hecho sobre el cual versa.

La actividad probatoria desplegada por la parte recurrente en este proceso se orientó principalmente a demostrar que las decisiones que tomó en torno a la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA estuvieron orientadas a aliviar la situación económica en la que estaba inmersa dicha Compañía por hechos externos a la empresa, como la apertura económica en el año 1990, la disminución de la reserva de la carga nacional, la exención del impuesto de renta desde el año 1993, las condiciones económicas por las que atravesó el país durante los años 1996 a 1999, el pasivo pensional y la crisis del sector inmobiliario, entre otras. Sin embargo, la entidad no allegó prueba suficiente e idónea que demostrara que las situaciones antes descritas (o alguna de ellas) haya sido la causa directa y eficiente del estado de insolvencia en que cayó la sociedad subordinada, ni de tales situaciones se deduce necesariamente que el equilibrio financiero en la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. en liquidación obligatoria tuviera origen en alguna causa externa o exógena a las decisiones que tomó la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, como entidad matriz o controlante de las obligaciones de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. Por el contrario, al expediente se aportó el *Informe Anual* que rindió en el Presidente de la Junta Directiva de la CIFIM en el año 1997, en el cual se informó que la firma LATINVESTCO realizó estudios y proyecciones de balance, estado de resultados y flujo de caja de la CIFIM hasta el año 2006, y conforme dichos estudios se concluyó que, a pesar de las circunstancias económicas que se venían presentado en la época, *“en el marco de los supuestos de desarrollo aportados por las empresas en las que mantienen inversiones, y procediendo con una realización y disposición ordenada de sus activos, CIFM es*

perfectamente viable a largo plazo, con un aporte de recursos de capital, cuyos montos y tiempos estarán en función del desempeño de las inversiones y la capacidad de realizarlas para convertirlas en recursos líquidos, acorde con los requerimientos de pago de mesadas pensionales” (ver carpeta pruebas, FOLIO 143 en el expediente digital, informe anual de 1997, página 19). Dadas las proyecciones y balances financieros que en ese momento se hicieron sobre la empresa, no es posible concluir que la liquidación de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A- CIFM no le sea imputable a las decisiones tomadas por la entidad matriz o controlante (es decir, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS).

Así las cosas, procede la condena que la parte demandante y la FIDUPREVISORA reclaman en contra de dicha entidad, al margen de que en la demanda se haya propuesto como una pretensión subsidiaria, pues la FIDUPREVISORA desde su contestación reclama que las condenas que se impongan en este proceso se dicten en contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, quien debe aportar los dineros suficientes en caso de que el PATRIMONIO AUTÓNOMO - PANFLOTA no tenga liquidez para el pago de los derechos laborales y pensionales de sus trabajadores, como ya se dijo. En consecuencia, se adicionará la sentencia dictada en primera instancia para definir la responsabilidad subsidiaria que le asiste a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, advirtiendo frente a los argumentos planteados por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, que el carácter de parafiscalidad de los recursos del Fondo Nacional del Café no es óbice para truncar las aspiraciones pensionales del actor, pues como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia referida, éstos -los recursos- si pueden destinarse al pago de pensiones a cargo de la FLOTA MERCANTE, y que tal pago solo opera en caso de que en el Patrimonio Autónomo PANFLOTA no obren los dineros suficientes para el cumplimiento de la condena, debiendo en dicho evento y con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, efectuar el pago de la suma que se liquide por concepto de cálculo actuarial.

Dicha responsabilidad no puede ser extendida al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como lo reclama la parte actora en su demanda y recurso de apelación, pues no demostró causa alguna de la cual se pueda deducir que dicha responsabilidad le cabe a la Nación.

Finalmente, para dar respuesta a la apelación propuesta por la apoderada de ASESORES EN DERECHO SAS, se debe advertir que la FIDUPREVISORA S.A., como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, celebró con la sociedad ASESORES EN DERECHO SAS Contrato de Mandato N° 9264-001-2014 para que fungiera como Mandataria con representación de PANFLOTA. Como dentro de las obligaciones adquiridas por esta sociedad se encuentra la de “[e]xpedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los ex trabajadores de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. liquidada y sus beneficiarios si los hubiere con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, una vez la Federación Nacional de Cafeteros gire los respectivos recursos en cumplimiento de la sentencia SU 1023 de 2001 proferida por la Corte Constitucional”, le compete a la mandataria en representación de PANFLOTA, únicamente expedir el acto administrativo de reconocimiento del cálculo actuarial que se ordena en esta sentencia de conformidad con el valor que determine COLPENSIONES al liquidar el cálculo, advirtiéndole que el pago del mismo no es obligación suya en razón a que en el contrato de mandato se dejó expresamente consignado que sería con cargo a PANFLOTA. En consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia dictada en primera instancia en cuanto condenó a ASESORES EN DERECHO S.A. a pagar el cálculo actuarial que se reclama, y se confirmará en cuanto le ordenó expedir los actos administrativos tendientes al reconocimiento de dicho cálculo actuarial en favor de LUIS ALBERTO SILVA CASTAÑEDA.

- (iii) **PARÁMETROS BAJO LOS CUALES SE DEBE REALIZAR EL CÁLCULO ACTUARIAL QUE CORRESPONDE A LOS TIEMPOS DE**

SERVICIO A CIFIM. Definido el derecho del actor al pago de sus aportes a pensión mediante cálculo actuarial, por la omisión de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA y las entidades a cuyo cargo se encuentran las condenas, se debe recordar que el fondo o administradora a la que se encuentra afiliado el demandante es la llamada a liquidar el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 4 de marzo de 1977 y el 15 de junio de 1990, conforme a lo previsto en el Decreto 1887 de 1994, y esta entidad debe recibir su importe a entera satisfacción para que se entienda cumplida la obligación.

En atención al recurso de apelación elevado por las partes, el Tribunal podría adicionar la sentencia dictada en primera instancia para establecer el descuento de los días en los que el actor disfrutó de licencia sin remuneración y los días en los que se presentaron suspensiones del contrato de trabajo. Sin embargo tales situaciones fácticas no fueron probadas en el proceso y el periodo de huelga que refieren las demandadas no exonera al empleador del pago de los aportes a seguridad social en salud y pensión, lo que impide acceder a las pretensiones elevadas ante el Tribunal.

Para acreditar los salarios a tener en cuenta para liquidar el valor del cálculo actuarial y actualizar la historia laboral, la prueba que se aportó al expediente da cuenta de los *avisos de traslado o promoción* con el salario básico asignado al trabajador, pero no del detalle de lo devengado mes a mes ni de otros factores salariales (ver carpeta No 4 del expediente). En consecuencia y con base en dicha prueba, se dictará la condena según cuadro siguiente y para la conversión se debe la tasa de cambio oficial del dólar americano al peso colombiano vigente a la fecha de causación de cada periodo, así:

SALARIOS

FECHA	SALARIO
4 de marzo de 1977	US\$180.78

1° de noviembre de 1977	US\$211.66
7 de mayo de 1978	US\$251.88
14 de septiembre de 1979	US\$294.70
24 de septiembre de 1982	US\$387.53
11 de enero de 1985	US\$472.79
21 de enero de 1986	US\$496.43
15 de enero de 1987	US\$521.25
2 de enero de 1988	US\$549.92
3 de marzo de 1989	US\$576.00
13 de octubre de 1989	US\$602.00

Cabe advertir que, según lo dispone el artículo 135 del CST, *“cuando el salario se estipula en divisas o monedas extranjeras, el trabajador puede exigir el pago en su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que deba efectuarse el pago”*. Por ello la conversión se debe hacer con la tasa de cambio vigente en la fecha en que se debía efectuar el pago de cada aporte y NO el vigente en la fecha en que el momento en que se pague efectivamente, como equivocadamente quedó consignado en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

Además se debe precisar que ninguno de los salarios base podrá exceder los topes legales establecidos en las normas aplicables, ni para efectos de la liquidación del cálculo actuarial, ni para la actualización de la historia laboral.

- **(iv) OMISIÓN EN EL PAGO DE APORTES POR PARTE DE CASA LUKER S.A.** Para resolver la controversia respecto de la demandada SUCESORES DE JOSE DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. – CASALUKER S.A., el Tribunal se remite al contenido de la Ley 188 de 1959 que regulaba el contrato de aprendizaje en la época de los aportes que reclama la demanda (21 de enero de 1963 y 23 de septiembre de 1965). Dicha norma definió al contrato de aprendizaje como aquel por el cual *“un empleado se obliga a*

prestar servicio a un empleador, a cambio de que este le proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa del arte u oficio para cuyo desempeño ha sido contratado por un tiempo determinado, y le pague el salario convenido” vinculación que no podía exceder de tres años de enseñanza y trabajo y tenía como retribución el pago de salario que no puede ser inferior al 50% del salario mínimo legal.

Frente a la naturaleza jurídica del contrato de aprendizaje por las controversias sobre su naturaleza laboral en la evolución normativa que ha tenido desde el decreto 2350 de 1944, hasta la Ley 188 de 1959 y la Ley 789 de 2002, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al estudiar el alcance de la Ley 188 de 1959, estimó que el contrato de aprendizaje *“constituye una modalidad especial de vinculación laboral, sin duda alguna en ella se encuentran reunidos los tres elementos del contrato de trabajo a los que alude el canon 23 del CST”*. Por ello, y al margen de las particularidades y regulaciones que se presentaron en cada escenario *“convergen idénticos elementos esenciales o fundamentales que caracterizan la vinculación de carácter laboral, esto es, la personal prestación del servicio, la subordinación y la remuneración”* (sentencia SL 5586 de 2019, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Así las cosas, se confirmará la decisión dictada en primera instancia en contra de Casa Luker S.A., pues en el proceso se demostró que LUIS ALBERTO SILVA CASTAÑEDA prestó sus servicios a favor de CHOCOLATERIA LUKER Y QUESADA que era agencia de la empresa SUCESORES DE JOSE DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. – hoy CASALUKER S.A., entre el 21 de enero de 1963 y el 23 de septiembre de 1965 en virtud de un contrato de aprendizaje.

Se llega a la anterior conclusión del tiempo servido de las certificaciones emitidas por el SENA que tienen valor probatorio en los términos del artículo 257 del Código General del Proceso, de las cuales se deduce que el demandante inició un programa de MANTENIMIENTO MECÁNICO el 21 de enero de 1963 y fue retirado el 23 de septiembre de 1965 cuando la empresa

patrocinadora “*CHOCOLATERÍA LUKER Y QUESADA*” reportó la cancelación del contrato, por haber sido despedido con justa causa y con fundamento en el numeral 1° del artículo 60 del Código Sustantivo de Trabajo (ver páginas 138 a 140 del cuaderno No 2, expediente digital).

Lo anterior coincide con la declaración rendida por el testigo VÍCTOR MANUEL SILVA CASTAÑEDA, hermano del demandante (audiencia virtual No 1, minuto 48:18), quien refirió las vinculaciones laborales que tuvo éste a lo largo su vida, y señaló que ellos vienen de una familia de mecánicos por lo que su hermano entró a estudiar al SENA con el patrocinio de CHOCOLATE SOL – CHOCOLATERÍA LUKER Y QUESADA. Además, advirtió que el demandante no terminó el curso que tenía una duración de 3 años pues fue despedido cuando le faltaban tres meses para terminar el contrato, por un problema que tuvo con otro compañero. La declaración de este testigo coincide con las certificaciones emitidas por el SENA y con las características que regulan el contrato de aprendizaje. Se debe entender que el inicio de labores ocurrió el 21 de enero de 1963, cuando inició la formación educativa pues, en los términos del artículo 10 de la Ley 188 de 1959, el término del contrato de aprendizaje empieza a correr el día en que el aprendiz inicie la formación profesional metódica; dicho contrato terminó cuando el patrocinador reportó la cancelación de matrícula el 23 de septiembre de 1965.

Sobre la obligación a cargo de la empresa patrocinadora de efectuar aportes a pensión en favor del aprendiz, para el momento en el cual tuvo lugar la prestación de servicios se encontraba vigente el artículo 2° de la Ley 90 de 1946, norma que contempló, como asegurados por el régimen del seguro social obligatorio, a todas las personas “*que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje (...)*”.

En consecuencia, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia que dispuso el pago, mediante cálculo actuarial, de los aportes a pensión que corresponden a los servicios que prestó bajo, contrato de aprendizaje, LUIS

ALBERTO SILVA CASTAÑEDA a SUCESTORES DE JOSE DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. – CASALUKER S.A.

Para el pago de dicho cálculo COLPENSIONES deberá efectuar las operaciones de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 1887 de 1994, tomando el valor del salario mínimo legal vigente para cada anualidad –como lo definió el juez de primera instancia-.

(v) RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE VEJEZ. Conociendo en CONSULTA a favor de COLPENSIONES, el Tribunal revocará la decisión que reconoció el derecho pensional reclamado, pues la obligación pensional de COLPENSIONES con el demandante solo surgirá desde el momento en que reciba de las sociedades FIDUCIARIA LA PREVISORA y SUCESTORES DE JOSE DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. – CASALUKER S.A., el valor de los cálculos actuariales ordenados en este proceso con los cuales se financiará la prestación a que haya lugar. Así lo disponen clara y perentoriamente: el inciso 1° del Parágrafo 1°, artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁹, el artículo 17 del Decreto 1474 de 1997¹⁰.

No se puede cargar a COLPENSIONES con el pago de un derecho pensional que no tenía a su cargo por razones que no le son imputables. Ninguna responsabilidad le cabe a COLPENSIONES en el cobro de aportes cuando es el empleador quien incurre en la omisión de *afiliar* a sus trabajadores, pues

⁹ “En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional”.

¹⁰ “En caso de que el trabajador haya elegido el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para efectos de computar para la pensión el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, es necesario que previamente se haya cancelado el valor del cálculo actuarial o título pensional de acuerdo con las normas que regulan dichos títulos. De no darse la cancelación de dicho valor, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no se tomarán en cuenta las semanas correspondientes para el cálculo de la pensión. Solamente una vez cancelado el valor del título pensional y a partir de dicha fecha, será exigible el valor de la pensión tomando en cuenta las semanas laboradas o cotizadas en la empresa o entidad emisora del título”.

dicha omisión impedía a la administradora de pensiones adelantar los trámites de cobro pertinentes, así lo ha entendido reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Solo cuando COLPENSIONES reciba el valor de los cálculos actuariales podrá definir si el derecho se causa y el monto de la mesada que corresponde, conforme a la actualización y consolidación del historial de cotizaciones.

Por esta misma razón no procede el reconocimiento de intereses moratorios a cargo de COLPENSIONES. No se le puede endilgar mora alguna a esta entidad, mientras no se haya consolidado la historia laboral del demandante.

COSTAS en la apelación a cargo de SUCESORES DE JOSE DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. – CASALUKER 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 PARCIALMENTE** el numeral **DÉCIMO SEGUNDO** de la sentencia dictada en primera instancia en cuanto se abstuvo de imponer carga alguna a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, para **DECLARAR** que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, tiene responsabilidad subsidiaria en el pago de las obligaciones a cargo de la FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA.
2. **MODIFICAR** los numerales **SEXTO Y OCTAVO** de la sentencia de primera instancia para establecer: (i) que el cálculo actuarial a cargo de la FIDUPREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora del

Patrimonio Autónomo PANFLOTA, y subsidiariamente a cargo de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, se debe pagar sobre el porcentaje de cotización que correspondía al empleador, únicamente; (ii) que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES debe realizar el cálculo actuarial y la actualización de la historia laboral del demandante, teniendo en cuenta los salarios definidos en la parte motiva de esta decisión, con las precisiones y con los límites legales que allí se establecen; (iii) que ASESORES EN DERECHO SAS, en calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, solo tiene a su cargo la expedición de los actos administrativos tendientes al reconocimiento y pago efectivo del cálculo actuarial, con destino a COLPENSIONES, atendiendo para el efecto las sumas que determine COLPENSIONES al liquidar el cálculo actuarial.

3. **REVOCAR** los numerales NOVENO, DÉCIMO, DÉCIMO PRIMERO, DÉCIMO SEGUNDO Y DÉCIMO TERCERO de la sentencia de primera instancia.
4. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
5. **COSTAS** en la apelación a cargo de SUCESORES DE JOSE DE JESÚS RESTREPO & CIA S.A. – CASALUKER 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

ACLARACION DE VOTO

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-HI' with a period at the end. The signature is stylized and cursive.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS CARLOS ROMERO RINCÓN CONTRA,
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre 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 las demandadas contra la sentencia dictada el 12 de agosto de 2021 por la Juez Treinta y Nueve (39) 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 la doctora Jennifer Ximena Lugo Rojas, quien se identifica con T.P. 283.299, 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, LUIS CARLOS ROMERO RINCÓN presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de los traslados efectuados a comienzos del año 1998 a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., y a mediados del 2001 a PORVENIR S.A. y a comienzos del 2009 a COLFONDOS S.A., bajo el argumento de que en la etapa precontractual los asesores lo engañaron al omitir brindarle información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas de pensiones, no realizar un estudio sobre su situación, y exponer solamente las condiciones benéficas del cambio de régimen. De lo anterior, pide que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se efectúe el regreso automático del actor a COLPENSIONES, con la totalidad de aportes, rendimientos financieros actualizados, y el bono pensional (Ver demanda en archivo 01 folios 5 a 12).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones declarativas y condenatorias, con fundamento en que no hay obra prueba de que las AFP hayan incumplido con el deber de información o se hayan presentado vicios en el consentimiento del actor (error, fuerza o dolo). Afirma que la afiliación se realizó de forma libre y voluntaria, sin presión o constreñimiento, y sin que el demandante cumpla los requisitos establecidos en sentencia SU-062 de 2010 para trasladarse en cualquier tiempo pues se encuentra inmerso en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para retornar al RPM administrado por COLPENSIONES en la medida en que para el momento del traslado no era beneficiario del régimen de transición y para la fecha en que elevó la solicitud de traslado contaba 56 años

de edad. Propuso como excepciones: *descapitalización del sistema pensional, 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 05 archivo 04).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el acto jurídico de traslado existió, y es válido pues se encuentra exento de vicios del consentimiento, pues la afiliación se dio de forma libre, voluntaria y espontánea, sin presiones o engaños, como lo aceptó el afiliado con la firma del formulario. Afirma que brindó una asesoría completa, profesional y comprensible conforme con la normatividad y las exigencias de la época. Además, el demandante no hizo uso del derecho de retracto de conformidad con el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, y se encuentra inmerso en la prohibición legal consagrada en la Ley 797 de 2003. Advirtió que la acción pretendida se encuentra prescrita, pues han pasado más de 3 años desde la suscripción del formulario de afiliación, conforme los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y reconocimiento de restitución mutua a 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 y traslado de la totalidad de los aportes a PORVENIR.* (ver contestación en carpeta 07 archivo 02 folios 1 a 19).

También contestó la demanda COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., mediante apoderado, quien se allanó a lo pretendido, conforme al inciso 3º del artículo 98 del CGP, afirmando que no cuenta con soportes distintos al

formulario de afiliación que el afiliado suscribió de manera libre voluntaria e informada, como soportes de la asesoría. No formuló excepciones de mérito. (ver contestación en carpeta 08 archivo 02 folios 1 a 4)

Finalmente, contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante apoderado. Se opuso también a la prosperidad de las pretensiones afirmando que la afiliación efectuada en el año 2001 gozó de plena validez y eficacia, producto de una decisión informada, libre y sin presiones, conforme se evidencia en la solicitud de vinculación No. 01565809. Advirtió que: (i) no procede la nulidad absoluta del acto jurídico por que no se acreditó un objeto o causa ilícita según el artículo 1741 del CC; (ii) la solicitud de vinculación es un documento público que se presume autentico conforme el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 243 y 244 del CGP; (iii) al demandante se le garantizó el derecho de retracto según lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; (iv) en la época en la que se suscribió el formulario el demandante contaba con alrededor de 35 años de edad por lo que su vinculación fue producto de una decisión, libre, voluntaria e informada, sin tener ningún derecho pensional consolidado; y (v) conforme la jurisprudencia y la Ley se debe evitar la descapitalización del fondo común del RPM, por lo que no se pueden desconocer los derechos fundamentales de las personas que si han contribuido al fondo. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica*. (ver contestación en carpeta 10 archivo 02 folios 1 a 26).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de agosto 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 providencia tiene el siguiente tenor literal “*PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor LUIS CARLOS ROMERO RINCÓN del régimen de prima media al régimen de ahorro*

individual, con efectividad a partir del 1 de abril del 1998 a través de la administradora de PROTECCIÓN, es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que deberá entenderse que jamás se separó del régimen de prima media, lo que también se traduce y afecta a las demás afiliaciones que se hicieron al interior del régimen de ahorro individual. SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN a que remita a COLPENSIONES los dineros que recibió por gastos de administración durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado, esto es, esto es, desde el 1 de abril del 1998 hasta el 30 de junio del 2001, los cuales deberán ser pagados de manera indexada. TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a que remita a COLPENSIONES los dineros que recibió por gastos de administración desde el 1 de julio del 2001 hasta el 30 de mayo del 2009, gastos que deberán ser debidamente indexados. Se aclara que tanto el numeral segundo como el tercero, se debe entender que tanto PROTECCIÓN como PORVENIR no pueden descontar dinero alguno por mermas que haya sufrido la cuenta de ahorro individual. CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS, última entidad, a que transfiera todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro de individual del demandante, junto con los valores correspondientes a rendimientos y los comisiones que ha recibido como por administración, desde que fue efectiva la afiliación, esto es, desde el 1 de junio de 2009, comisiones que deben ser pagadas de manera indexada, sin que le sea dable realizar algún descuento por seguros provisionales (sic) que haya adquirido para la pensión de invalidez, de sobrevivientes o para la pensión de garantía mínima. QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de que tratan los numerales dos, tres y cuatro, y que active la afiliación que tenía el demandante al régimen de RPM, sin solución de continuidad. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SÉPTIMO: INFORMARLE a COLPENSIONES que tiene las acciones respectivas en aras de obtener los perjuicios que pudieran (sic) llegar la ineficacia que hoy se declara y en contra de PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS. OCTAVO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN, PORVENIR, y COLFONDOS, dentro de las cuales se deberá cancelar la suma de \$1.890.000 como agencias en derecho. NOVENO: CONSÚLTESE la presente decisión, por resultar adversa a

COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 12 de agosto de 2021 – carpeta 17 archivo 02 Hora 1:20:20).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Corte Suprema de Justicia y concluyó que las AFP`s no cumplieron con la carga probar haber suministrado al demandante información clara, suficiente y oportuna 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, y advirtió que de los formularios de afiliación no se puede extraer que se haya cumplido con ese deber de información, por lo que no son prueba idónea. Además, estimó que en el interrogatorio de parte no se dio confesión por parte del demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A interpone recurso de apelación en contra del numeral segundo de la sentencia, respecto de la condena de devolución de gastos de administración y la prima de seguro previsional. Argumenta que se trata de comisiones causadas durante el tiempo en que se administraron los dineros, producto de la buena gestión de la AFP, no obstante, si se procediera a declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado, las cosas volverían a su estado anterior lo que daría lugar al traslado de los aportes que se encuentren acreditados, pero sin los rendimientos generados. Respecto de la prima de seguro previsional, afirma que se encuentra imposibilitada para solicitar su devolución, puesto que la suma ya fue girada a la aseguradora para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia, siendo esta un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre el demandante y la AFP. (Audiencia virtual del 12 de agosto de 2021 – carpeta 17 archivo 01 Hora 1:22:50)¹.

¹ “Señora Juez y honorables señores magistrados de la Corte, estando dentro del término procesal interpongo recurso apelación al numeral 2° de la presente sentencia en cuanto a la condena de devolución de gastos de administración de protección S.A dentro del presente proceso y el cuál

En el recurso de PORVENIR S.A. solicita revocar la condena al pago de los gastos de administración indexados y la prima de seguros, con fundamento que es una característica propia del régimen de ahorro individual que, por ley, se destine el 3 % de comisión para financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia. Afirma que estos gastos ya no forman parte integral de la pensión de vejez del demandante, por lo que están sujetos al fenómeno prescriptivo. Con respecto de los frutos financieros manifiesta que conforme a la jurisprudencia y la ley fueron consignados en la cuenta de ahorro individual, por lo que se debe efectuar su restitución, puesto que de lo contrario se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa. (Audiencia virtual del 12 de agosto de 2021 – carpeta 17 archivo 01 Hora 1:24:47)²

fundamento de la siguiente manera. Se debe tener en cuenta que la devolución del dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante por ese concepto, se le...como consecuencia de una disposición legalmente válida, exigible, aplicable y vigente por parte y de oficio por mi representada, se trata de comisiones ya pagadas causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante. En el hipotético caso de que se asuma que protección no realizó su gestión de administración y si depende la devolución de esos conceptos es procedente hacer la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliada a mi representada y fueron enviados a Porvenir cuando el demandante realizó el traslado a dicha AFP, esos se generaron producto de la gestión y la buena administración y en ese sentido se daría lugar a que se trasladaran los aportes pero sin los rendimientos generados. Además en el caso de declarar la nulidad y/o ineficacia de traslado las consecuencias jurídicas es que las cosas vuelvan a su estado anterior por lo que se deberán trasladar todos los aportes que se encuentran acreditados hasta el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual del demandante sin los rendimientos generados, ya que esos son exclusivamente generados en el régimen de ahorro individual por mandato de la ley y al haber estado todo ese tiempo afiliado al régimen de prima media no hubiera ostentado tales rendimientos. Ahora bien, dentro de la prima de seguro previsional, perdón, se debe manifestar que fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía pagará una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos quien considera que fue pagado mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la parte demandante y mi representada está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a Colpensiones, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la parte demandante y Protección, muchas gracias”.

² “Gracias su señoría, siendo el momento procesal oportuno presenté recurso de apelación en contra, de manera parcial en contra el numeral, en contra del numeral tercero de la sentencia emitida por el Despacho en lo relacionado con el pago de gastos de administración por parte de Porvenir S.A , en primer lugar quisiera presentar mi inconformidad con respecto a generar a mi representada la devolución referente al porcentaje de gastos administración indexados, pues esto es claramente algo que desconoce, una característica que es propia y fue establecido legalmente por la Ley al régimen de ahorro individual y pues el generar estos cobros borra la administración respecto de la prima de seguros por la que se cubrió durante todo este tiempo a la parte demandante, respecto pues de contingencias de invalidez y muerte y frente a los administrado en el fondo de solidaridad, que fue establecido por la misma Ley 100 del 93 y que el efecto de la ineficacia conllevaría a que pues el acto jurídico no hubiese existido y pues, tal forma no podría llevar a una devolución de rendimientos

En el recurso de COLFONDOS S.A pide igualmente que se revoque la condena a la devolución de los gastos de administración y que se aplique la prescripción, con fundamento en que los gastos fueron utilizados para cubrir las contingencias de invalidez y sobreviviente a partir del 2009. Asimismo, indica que con la declaración de ineficacia de la afiliación se están desconociendo la restitución mutua, además, manifiesta que la AFP realizó una serie de movimientos con los aportes para generar rendimientos adicionales, por lo que no se puede desconocer su trabajo (Audencia virtual del 12 de agosto de 2021 – carpeta 17 archivo 01 Hora 1:26:58)³.

financieros pues en este aspecto. De otro lado igual en este proceso se condena por la devolución de gastos administración, pues de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de la Ley 100 del 93, también en el régimen de prima media pues se destina un 3% de comisión al financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia y pues de hecho ya...no forman parte integral de la pensión de vejez y por eso están sujetos al fenómeno prescriptivo, en consecuencia pues no procede esta pretensión, está condena ya que ordenarla de condenarse igualmente la parte demandada a restituir los financieros que ordenarla debe condenarse igualmente a la parte demandada a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, pues así lo tiene decantado la sala civil de la honorable Corte Suprema de Justicia en, tratándose de las restituciones mutuas uno de los efectos jurídicos previstos en el artículo 17 y 46 del Código Civil en cuanto a la nulidad de un acto jurídico en cuanto a la parte que recibió frutos de la relación contractual declarada nula está en la obligación de restituirlos, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa, por anterior, solicito manera muy cordial los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá revocar en el entendido el numeral tercero de la sentencia emitida por el Despacho, muchas gracias”.

³ “Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación relacionado con la devolución de los gastos de administración debidamente indexados a cargo del propio patrimonio de Colfondos, pensiones y cesantías para que su señoría, este recursos lo interpongo en debida forma ante el honorable Tribunal de Bogotá sala laboral para que revoque dicha condena en atención a que estos emolumentos fueron descontados conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, artículo 20 del Decreto 656 de 1994 artículo 39, debe tenerse en cuenta que dichos gastos de administración ya fueron causados y fueron de disfrute al señor demandante en atención a que en cuanto hace referencia a los porcentajes de seguros previsionales, esto es, los seguros de invalidez y sobreviviente y el demandante estuvo asegurado a partir del año 2009 a la fecha, para cubrir esas contingencias sin que se le haya, en , sin que se le haya subrogado esa obligación es mi representada, y de que el beneficiario, el señor demandante que en ese momento pretende desconocer. Asimismo, se encuentra que en los aportes para los inicios de pensión de...mínima pues nunca pertenecieron a la cuenta de ahorro del aquí demandante, sino que fueron designados directamente a la cuenta especial para cubrir esa contingencia, por tal motivo tampoco estuvieron a disposición del fondo de pensiones Colfondos. Asimismo, los gastos y costos que se cobraron... por el manejo de la cuenta de ahorro individual de acuerdo con los gastos causados en atención a qué se, a que se dé el disfrute y beneficio del señor demandante como quiera que Colfondos realizó una serie de movimientos con los aportes, los cuales estos generaron unos rendimientos, dineros adicionales qué son los llamados rendimientos adicionales a los aportes , de los cuales hoy en día se pretende el señor demandante, beneficiario, así mismo Colpensiones tiene... que declara la ineficacia de la afiliación también los que se está desconociendo la restituciones mutuas a Colfondos pensiones y cesantías y adicionalmente está condenándonos solamente a los rendimientos financieros por todo el tiempo de permanencia en el régimen de ahorro individual, sino que ocasionalmente se observa que, se han indexado los gastos

En el recurso de COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión dictada en primera instancia y se absuelva de todas las condenas impuestas, con fundamento en que el demandante hizo uso del derecho de traslado de régimen pensional según lo establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin haber sido coaccionado o presionado al momento de tomar su decisión de trasladarse al RAIS. Afirma que el traslado se dio de forma libre, espontánea y voluntaria, por lo que al momento de vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad se encontraba frente a una mera expectativa, no obstante, estima que el demandante pudo hacer uso de su derecho de información o retornar al régimen en el año 2003 con base en la Ley 797. Advierte que la solicitud de retorno se efectuó en el año 2019 cuando ya se encontraba inmerso en la prohibición para trasladarse de régimen, habiendo ratificado su voluntad al permanecer más de 10 años en el RAIS y realizar continuamente aportes a las distintas AFP (Audiencia virtual del 12 de agosto de 2021 – carpeta 17 archivo 01 Hora 1:31:26)⁴.

administración teniendo en cuenta y desconociendo en el trabajo que realizó Colfondos pensiones y cesantías. Por todo lo anterior, solicito respetuosamente al honorable Tribunal de Bogotá, sala laboral revoque dicha condena a mi representada dado el caso de que no sea recibo la presente, recurso de apelación total, solicito respetuosamente de aplicación a la prescripción teniendo en cuenta que dichos dineros nunca han sido parte y no son parte integrante para que constituya el monto de la mesada pensional, muchísimas gracias su señoría”.

⁴ “Bueno siendo la oportunidad procesal, presentó frente al Despacho y con la decisión emitida, contra la decisión emitida por el mismo recurso de apelación con el fin de que sea conocido por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral, rogándole a los honorables magistrados se revoque la decisión emitida por el a quo el día de hoy y en su lugar se absuelva a mi representada de a todas y cada una de las condenas impuestas, esto teniendo en cuenta que el demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional conforme lo establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido presión o coacción alguna al momento de tomar su decisión de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, en su lugar esta decisión fue tomada de manera libre, espontánea y voluntaria y teniendo en cuenta que pues el demandante al momento de vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad se encontraba frente a una mera expectativa la cual pues no constituye derecho y como quiera que pues, al momento de afiliarse se encontraba en plena construcción su derecho pensional, hubiera sido inoportuno haberle presentado una proyección de su mesada pensional toda vez que pues, la misma no hubiera sido, no hubiera sido la adecuada, en razón a que se desconoció el ingreso base de cotización y cuántas semanas tendría el demandante al momento de completar los requisitos para contar con su derecho pensional, sin embargo, el demandante pudo haber hecho uso de su derecho de información y haberse acercado a las distintas oficinas de las administradoras en las cuales estuvo afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad o incluso ante, pudo haberse acercado al instituto de seguros social o ante mi representada para ampliar la información relacionada con su derecho pensional o en el año 2003 con base en la Ley 797, se brindó la posibilidad de retornar al régimen de prima media sin que se evidencia que el

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*

demandante hubiera hecho algún acto tendiente a conocer o ampliar su información o sencillamente para retornar al régimen de prima media, alguna solicitud solo hasta el año 2019, el demandante... acción regulada en el artículo... entonces de igual manera el demandante en el 2003 pudo haber hecho uso de su derecho, solicitado el retorno al régimen de prima media, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, sin embargo en dicha oportunidad del demandante no lo realizó, solo solicitó su retorno hasta el año 2019 cuando ya contaba con menos de 10 años para completar la edad para contar con su derecho pensional y conforme lo dispone la Ley 797 en su artículo segundo resulta, no podría trasladarse de régimen cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a su pensión y pues, esto lo anterior pues teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 2241 del año 2010, en el cual se estableció el estatuto del consumidor financiero y dentro de los deberes descritos en el artículo cuarto se establece el de informarse debidamente respecto a las condiciones del sistema general de pensiones o solicitar una información adecuada concurriendo e ilustrado a su escogencia de régimen pensional, toda vez que si bien es cierto en las administradoras tienen el deber de información, un deber de brindar información, no es menos cierto que los afiliados o los posibles afiliados concurren ilustrados y soliciten la información que corresponda o que considere necesaria para tomar una adecuada decisión, abonado a esto está afiliación se dio inicialmente en el año de 1998 y ya han transcurrido mucho más de 10 años desde esta afiliación y continuamente se han realizado los debidos aportes a las distintas administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se encontraría ratificada la voluntad del demandante de afiliarse y de mantenerse en el régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo establece el artículo 1754 del Código Civil. En consecuencia, de lo anterior, ruego a los honorables magistrados se establezca que se encuentra válidamente afiliado el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia se revoque la decisión emitida por el a quo, muchísimas gracias”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al fondo privado de pensiones el demandante tenía 32 años de edad y había cotizado 455,00 semanas⁵, 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, 10 meses y 7 días)⁶, y para el momento de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver archivo1 folio 14 y archivo 04 folio 1).

⁵ Ver Historia Laboral actualizada de COLPENSIONES en carpeta 05 archivo 05.

⁶ *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^{7 8}, 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 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*

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

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

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

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 PROTECCIÓN S.A. no probó que se hubiera brindado *toda la información pertinente* del sistema pensional 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”*.

La situación anterior no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante pues en dicha diligencia indicó que el asesor de COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. se limitó a manifestar que había un riesgo si seguían vinculados o afiliados al ISS, el cual sería liquidado, por lo que nadie iba a responder por su pensión, y que en el fondo privado tendría una plena garantía respecto de su pensión y la posibilidad de obtener una buena mesada y de forma anticipada. (Audiencia virtual del 12 de agosto de 2021 – carpeta 17 archivo 01 Min. 17:36). No confesó haber recibido en los traslados efectuados información *completa* respecto a las condiciones, las características, las ventajas y las desventajas de cada uno de los regímenes pensionales en su condición particular.

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 el *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo o por los posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por el demandante junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración durante su afiliación en dichas administradoras, 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) (SL 1688 de 2019).

Cabe resaltar que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juzgador de 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.

Así mismo, se confirmará la sentencia de primera instancia que informó que COLPENSIONES bien puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por tener que asumir la obligación pensional del demandante, debido a la ineficacia del traslado, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados dichos perjuicios en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

DECISIÓN

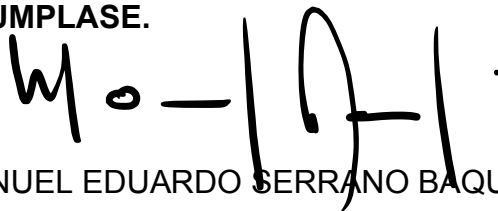
EXP. 39 2019 0075301

Luis Carlos Romero Rincón Vs la Administradora Colombiana de pensiones- Colpensiones y Otras

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

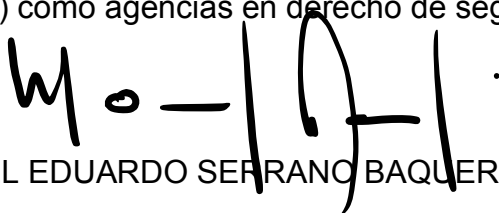
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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