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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE ORLANDO TAPIAS GUZMÁN CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en su favor, la sentencia dictada el 01 de marzo de 2022 por la Juez Segunda (2a) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ORLANDO TAPIAS GUZMAN presentó demanda contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *anulación por ineficacia* de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 9 octubre de 2002, con fundamento en que no le entregaron información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta sobre las prestaciones económicas y beneficios del RAIS en contraposición con las consecuencias negativas de abandonar el RPM, ni le entregaron proyecciones de lo que sería el valor de

su mesada pensional, la edad y valor ahorrado requerido para acceder a la pensión o que el monto sería menor si tenía cónyuge o compañera, un hijo discapacitado o menor de edad. Como consecuencia de lo anterior, pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar todos los dineros recibidos con motivo de su afiliación junto con los rendimientos causados y gastos de administración. Adicionalmente solicita condenar a COLFONDOS S.A., en caso de que sea otorgada la pensión antes de terminar la litis, a seguir pagándola hasta el momento del traslado de los recursos (ver demanda en archivo 01 folios 3 a 38).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones formuladas en su contra argumentando que cumplió con todas las formalidades requeridas para la afiliación del actor y no omitió información alguna, por el contrario, la vinculación fue el resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante quien es mentalmente capaz y conoce plenamente cómo opera el RAIS. Sostiene que el deber de asesoría sólo existió hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, que el formulario de afiliación se ajustó a las previsiones de la época del traslado y contiene toda la información requerida para tal efecto, y que la parte demandante no hizo uso del derecho de retracto con lo cual ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS. Por otro lado, considera que no se aportaron pruebas que demuestren el presunto engaño u omisión y, a tono con la jurisprudencia *en casos similares*, no hay causal alguna de nulidad. Precisa que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen a que se refiere el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por lo que no es posible su retorno al RPM. En su defensa propuso como excepciones las que denominó *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado* (ver contestación folios 4 a 21 del archivo No. 04 del expediente digital).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a través de apoderado judicial, quien se opuso al éxito de las aspiraciones que fundan el libelo pues, considera, no es posible el traslado al Régimen de Prima Media porque el demandante está inmerso en la prohibición legal y no está amparado por el régimen de transición. Asevera que la afiliación del demandante al RAIS no adolece de causal de nulidad alguna ya que no existe algún vicio del consentimiento o por lo menos no se cumplió con la carga de acreditarlos, y, además, la acción se encuentra prescrita. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*, *descapitalización del sistema pensional*, *inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida*, *prescripción, caducidad*, *inexistencia de causal de nulidad*, *saneamiento de la nulidad alegada*, *no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación folios 2 a 39 del archivo No. 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia de 1 de marzo de 2022, mediante la cual la Juez Segunda (2a) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A. no probó que se hubiera brindado información suficiente al actor al momento de realizar el traslado en razón a que nunca se le indicó la existencia de un régimen de transición o la eventual pérdida de beneficios pensionales al realizar el traslado. Agregó que de los años de continuidad en el RAIS no se puede inferir su vocación de permanencia en el mismo. Adujo no operar la prescripción de la acción, por tratarse de un derecho íntimamente ligado con la pensión, el cual tiene un carácter imprescriptible.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor ORLANDO TAPIAS GUZMÁN, identificado con cedula de ciudadanía número 5.882.405, al régimen de ahorro individual, realizado el 09 de octubre de 2002, a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: SE CONDENARÁ a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante ORLANDO TAPIAS GUZMÁN, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, así como con los gastos de administración, sin lugar a descuento alguno. TERCERO: SE ORDENARÁ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación del demandante, efectuada el 15 de septiembre, efectuada perdónenme, efectuada el 11 de agosto de 1977, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistemas de información de historia laboral. CUARTO: SE DECLARARÁ NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: SE CONDENARÁ en costas a la parte accionada COLFONDOS - PENSIONES Y CESANTÍAS, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente. SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior. La presente decisión queda legalmente notificada en estrados a las partes.*" (Audiencia virtual del 1 de marzo de 2022, archivo 14 del expediente digital, minuto 46:46).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES solicita se revoque la decisión por cuanto considera que la declaración de nulidad o ineficacia de la afiliación quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, toda vez que lo ahorrado por el demandante, resulta

insuficiente para financiar su prestación. Pide se considere la realización de un cálculo actuarial a cargo del fondo o la parte demandante para soslayar la descapitalización del sistema (Audiencia virtual del 1 de marzo de 2022, archivo 14 del expediente digital, minuto 48:46).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le 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 el demandante tenía 46 años de edad y había laborado por 723,14 semanas[1], para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de servicios (tenía 8 años, 7 mes y 15 días entre tiempos públicos y privados)[2], y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado y superadso la edad de pensión (tenía 64 años de edad, ver folios 95 y 326 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

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

[1] Ver historia laboral expedida por el Ministerio de hacienda y crédito público, páginas 105 y 106 del archivo No. 1 del expediente digital.

[2] *Ibídem*.

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

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

---

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no 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 en esa oportunidad indicó que, aunque su traslado fue voluntario, se le aseguró que los aportes en el ISS corrían riesgo, su mesada pensional sería mucho mayor y que podría pensionarse a cualquier edad (Audiencia virtual del 1 de marzo de 2022, archivo 20 del expediente digital, minuto 16:54).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en el RAIS o los posteriores traslados efectuados dentro de dicho régimen, y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de

COLFONDOS S.A. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[5], los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y en respuesta a los argumentos de la 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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SIN COSTAS en segunda instancia.

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

RESUELVE

---

[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".*

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ JERÓNIMO AVILÉS MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 15 de febrero de 2022 por la Juez Segunda (2ª) 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) y que era beneficiario del régimen de transición.

Téngase a la doctora Paula Huertas Borda, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien se identifica con T.P. 369.744, para actuar como apoderada principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOSÉ JERÓNIMO AVILÉS MARTÍNEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS suscrito el 1º de diciembre de 2000, con fundamento en que la afiliación a la AFP se efectuó sin la debida información sobre las consecuencias de su decisión de acuerdo a sus condiciones personales ni sobre. Al solicitar a la entidad una proyección, previo a la presente demanda, evidenció que la mesada que recibiría en la administradora del RPM sería superior a la que obtendría de la AFP. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación, y a la AFP trasladar a ésta los valores por concepto de aportes con sus rendimientos (ver demanda en archivo 01 folios 3 a 11 y 47 a 56).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que la entidad no tuvo injerencia alguna en la decisión de traslado de la parte actora, quien suscribió válidamente el formulario de afiliación, sin manifestar inconformidad y sin que existiera prohibición alguna para el efecto. No obra medio probatorio alguno que acredite vicio alguno en su consentimiento, como es su deber procesal, y no es procedente exigir a la AFP documental adicional a la exigida para la época. El traslado no es procedente, puesto que se encuentra incursa en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no se cumplen los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*, *descapitalización del sistema pensional*, *inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida*, *prescripción de la acción laboral*, *caducidad*, *inexistencia de causal de nulidad*, *saneamiento de la nulidad alegada*, *no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público* e *innominada* (ver contestación en archivo 05 folios 2 a 39).

También 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, argumentando que la afiliación a la AFP se efectuó de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, previo suministro información amplia y oportuna acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional del afiliado. Las condiciones de afiliación se encuentran definidas por la ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente ni se evidencie cumplimiento del deber de informarse por parte del afiliado como consumidor financiero. Se garantizó el derecho de retracto y, en todo caso, el presunto vicio es saneable por ratificación, que se entiende al no haber presentado inconformidad alguna durante el tiempo de la afiliación, sumado a que ha transcurrido un término superior al señalado en el artículo 1740 del CC, por lo que la acción se encuentra prescrita. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra el derecho de afiliación del actor al sistema. Advierte que el demandante se encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibídem*, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previamente. En caso de declarar la *nulidad* o ineficacia, no procede el traslado de los gastos de administración ni sumas de las aseguradoras, pues éstos cumplieron su finalidad legal. En su defensa propuso las siguientes 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 07 folios 2 a 22).

Terminó la primera instancia con sentencia de 15 de febrero de 2022, mediante la cual la Juez Segunda (2ª) 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) y que era beneficiario del régimen de transición. Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que el demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Consideró que no se configuró prescripción alguna, pues el derecho pensional se debe poder hacer exigible en cualquier tiempo.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO realizado por el señor JOSÉ JERÓNIMO AVILÉS MARTÍNEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.081.072, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., efectuado el 1º de diciembre del 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: Se CONDENARÁ a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de dicha providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante JOSÉ JERÓNIMO AVILÉS MARTÍNEZ, esto es, los rendimientos causados y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno. TERCERO: Se ORDENARÁ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación del demandante efectuada el 5 de junio de 1978 al ISS, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de historia laboral dicha situación. CUARTO: Se DECLARARÁN NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: Se CONDENARÁ en costas a PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente. SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el superior.*" (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2022 – archivo 16 Min. 57:42).

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en tanto el acto jurídico de traslado se dio en debida forma, sin que se hubieran acreditado los vicios aducidos por el demandante, pues, por el contrario, en interrogatorio de parte manifestó que no fue obligado a firmar el formulario de afiliación y el asesor de PORVENIR no le realizó una proyección o monto exacto o aproximado para la actualidad, sin que para entonces fuera exigible este tipo de proyecciones. Así mismo, el actor era consciente de que podía hacer aportes voluntarios lo que da cuenta de su conocimiento de dicho régimen. En caso de confirmar la sentencia, solicita su adición para permitirle a dicha entidad acudir contra PORVENIR para solicitar indemnización de perjuicios causados por recibir al actor en el RPM. (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2022 – archivo 16 Min. 59:17).

En recurso de PORVENIR S.A., su apoderado pidió que se revoque la decisión, por considerar que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no contempla la *nulidad* de la afiliación por vulneración del deber de información, sino al no cumplir los requisitos y se presente constreñimiento, sanción que no se puede aplicar de manera analógica al presente asunto. Tampoco existía para la época del traslado la suscripción de documental adicional al formulario de afiliación, por lo que no es posible exigirle a la entidad prueba adicional. Recordó que no se puede considerar un régimen mejor que el otro, pues simplemente son distintos y excluyentes entre sí. No es suficiente para el efecto de la ineficacia, una mesada inferior a la esperada. El interrogatorio de parte el demandante confesó conocimiento acerca de las características del RAIS y el negocio que celebró. El cambio de régimen también afectaría la cobertura por la afiliación a los riesgos de invalidez y muerte, lo cual sería más perjudicial al afiliado. En todo caso, no hay lugar a ordenar la devolución de comisiones ni los gastos de administración, pues al ordenar el traslado de los rendimientos se está reconociendo la gestión de la entidad y, en todo caso, éstos también se descuentan en COLPENSIONES, la cual se enriquecería sin causa, quien no ha efectuado ningún acto de administración sobre las cotizaciones. Solicita se revoque la condena en costas, pues la entidad no se

opone de manera caprichosa a las pretensiones de la demanda. (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2022 – archivo 16 Hora 01:04:15).

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 al expediente que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 43 años de edad y contaba 258,29 semanas entre servicios prestados y tiempos cotizados[1]; 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, 7 meses y 19 días)[2], y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 62 años de edad – archivo 01 folios 12, 13 y 44).

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 ante COLPENSIONES en archivo 05 folios 40 a 45.

[2] *Ibídem*.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP 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*

---

[3] 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".

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

voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) 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, pues la AFP PORVENIR S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no 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. Allí indicó que su traslado se dio cuando un asesor lo visitó en su lugar de trabajo, quien en una asesoría de 6 a 10 minutos le indicó que se pasara a PORVENIR pues allí tendría *"mejor garantía"* y mejor *"sueldo"*, y si bien le habló de aportes voluntarios, no le indicó qué pasaría con los aportes realizados al ISS ni los requisitos necesarios para pensionarse en dicha entidad (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2022 – archivo 16 Min. 18:44).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 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"* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[5] este porcentaje hace parte de los gastos de administración

cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades extra y ultra petita de las que está investida el Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía definir la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de aquella, como quiera que al respecto se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

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

En respuesta al recurso de PORVENIR S.A., se confirmará la condena en costas que se le impuso, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en archivo 07 folios 2 a 22).

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

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

RESUELVE

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

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 MARÍA DEL PILAR MUNAR ANGULO CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2022 por el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual se NEGÓ la anulación o declaración de 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 sociedad WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S como apoderada principal y a LUZ STHEPHANIE DÍAZ TRUJILLO identificada con T.P. 325.263 como sustituta, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido, respectivamente (archivos 12 a 15 del expediente digital, trámite de segunda instancia).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARÍA DEL PILAR MUNAR ANGULO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a través de la suscripción del formulario con PORVENIR S.A. el 22 de septiembre de 1997, con fundamento en que dicha administradora la *indujo en error,* al no informarla de manera suficiente, veraz e idónea sobre las condiciones pensionales a las que tendría derecho, los aspectos favorables, desfavorables, financieros y comparativos entre los regímenes existentes. En consecuencia, se ordene a la AFP trasladar los valores acumulados en su cuenta de ahorro individual tales como aportes obligatorios, bono pensional, título pensional y rendimientos al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, sin deducir el costo administrativo o fondo de solidaridad alguno de los aportes, y a esta última recibir dichos valores previa verificación de su integridad y corregir o actualizar la historia laboral teniendo en cuenta el detalle efectuado por el RAIS (ver demanda archivo No. 1 del expediente digital).

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

Así, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas en contra de esa entidad argumentando que la demandante no *tiene derecho* a la nulidad o ineficacia del traslado, ya que la afiliación al RAIS cuenta con plena validez, dada su decisión libre, espontánea y voluntaria consignada en el formulario de afiliación, así como la ausencia de elementos que acrediten vicio alguno del consentimiento. Advierte que la actora RPM el 1 de marzo de 2021, fecha para la cual se encontraba inmersa en la prohibición a que se refiere la Ley 797 de 2003 y, además, no contaba con 15 años de cotizaciones para el 1 de abril de 1994 por lo que no puede recibirla como su afiliada, en salvaguarda del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema. Sostiene que la convocante no se vio afectada con el traslado porque no era beneficiara del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima,

encontrándose en cabeza suya la carga de probar el supuesto de hecho en el que sustenta la acción. Refiere no ser *razonable ni jurídicamente válido* imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, porque tal exigencia desvirtúa los principios de confianza legítima y legalidad, y atenta contra el debido proceso. En su defensa propuso las excepciones que denominó *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error d derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS),* y la innominada (ver contestación archivo No. 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se resistió a la prosperidad de las aspiraciones del libelo genitor, con fundamento que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional. Además, asegura, cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional y la afiliada suscribió el formulario de manera libre y voluntaria -documento que no puede ser considerado como un mero requisito formal- luego de recibir asesoría de forma verbal con información suficiente y necesaria para celebrar dicho negocio jurídico, como las implicaciones de dicho tránsito y las características generales del régimen de ahorro individual con solidaridad. También indica que no se acredita la existencia de algún vicio del consentimiento. Advierte que no toda omisión en la información en el acto de traslado afecta el consentimiento, pues, para que

ello ocurra, la misma debe producir un daño claro, cierto y determinable en el afiliado, circunstancia que, dice, no se demuestra en este caso y, en todo caso, aunque el acto de traslado puede adolecer de algunas deficiencias, todas ellas no conducen necesariamente a su ineficacia, aunado a que ninguna norma legal consagra esa consecuencia por faltas al deber de información. Formuló como excepciones de fondo la de prescripción, *prescripción de la acción de nulidad,* cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Ver contestación y su subsanación archivos No.13 y 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 31 de marzo de 2022, mediante la cual el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la anulación o declaración de ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez determinó que al demandante se le dieron a conocer elementos suficientes para conocer las implicaciones de su traslado y se le entregaron los insumos necesarios sobre las principales características del RAIS, con lo cual se cumplió con el deber de información, precisando, el valor de la mesada pensional no es requisito para declarar la ineficacia del traslado y las comparaciones no eran elementos necesarios porque para la fecha no era posible establecer como se comportaría su mesada pensional. Además, consideró que no existió nulidad porque su consentimiento fue libre y voluntario, tal como quedó consignado en el formulario de afiliación y lo confesó en el interrogatorio de parte.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por MARÍA DEL PILAR MUNAR ANGULO, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones elevadas por las demandadas. TERCERO: CONDENAR en COSTAS, incluidas las agencias en derecho, a la demandante y a favor de cada una de las demandadas, en la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE.*

($1.000.000).CUARTO: REMITIR copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.QUINTO:En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante" (Audiencia virtual del 31 de marzo de 2022, récord 1:10:38, archivo No. 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la demandante solicita se revoque la decisión y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda pues, en su sentir, aunque le hicieron manifestaciones generales sobre el RAIS, en realidad no recibió una suficiente ilustración con antelación a efectuar el traslado de régimen porque no se precisaron los alcances de esa afiliación ni las condiciones, por ejemplo, de acceso a la pensión de vejez o qué régimen le convenía más, no siendo suficiente, en su criterio, el diligenciamiento de un formulario de afiliación y la adherencia a una cláusula genérica[1] (Audiencia virtual del 31 de marzo de

[1] "*Estando dentro del término su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada por su despacho el día de hoy solicitando antemano que el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revoque en su integridad la decisión proferida por su despacho en razón a las siguientes consideraciones. Se tiene en cuenta de manera inicial que la característica fundamental o el marco normativo de ese tipo de prestaciones de la libre elección del régimen pensional se encuentra previsto en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 del año 1993 el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado y a su turno el artículo 114 consagró los requisitos para el traslado puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre y espontánea, sin presiones y concomitante con la anterior se aplicaría de igual manera el Decreto ley 663 del año 1993 como Estatuto orgánico financiero vigente en la época en que se produjo el traslado en el numeral primero del artículo 97, el cual estableció que las entidades deben de suministrar a sus, a los usuarios la información necesaria para brindarle un criterio claro, un objetivo para escoger la mejor opción en el mercado. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL1688 al año 2019, precisó que las administradores de fondos de pensiones desde su fundación estaban obligadas a brindar información objetiva comparada y transparente a los usuarios sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Como se puede establecer su señoría, si bien es cierto, y para que se tenga en cuenta en el recurso de alzada que se interpone, en este momento se establece que si bien es cierto la asegurada hizo manifestaciones generales en su interrogatorio de parte siempre se recalcó que todas estas informaciones se brindaron de manera de verbal, de manera muy rápida previas reuniones que se hicieron como se recalcó de manera inicial el grupo y después de manera individual. Si bien es cierto se da esa información no se precisó los alcances de esa de esa afiliación para consolidar su traslado al régimen pensional donde actualmente se encuentra*

2022, récord 1:11:15, archivo No. 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

---

válidamente afiliado, esto es ante la administradora de fondos de pensiones PORVENIR SA. Sin embargo, pues considera este apoderado judicial señoría, con el debido respeto, pues que se debe revisar en segunda instancia lo manifestado en cuanto a que no es solamente que la persona le haya informado, sino que en la medida de lo posible haber establecido unos regímenes y unos requisitos claros y entendibles para que la persona hubiera tomado esa decisión de haberse trasladado al régimen pensional. Como quedó claro en este aspecto nunca se ratificó de manera posterior después del traslado una ratificación de su afiliación, nunca se acercaron nuevamente asesores de fondo de pensiones PORVENIR a mencionarle y aclarar toda duda que se hubiera presentado con relación a la administración y que siempre mi representada actuó de buena fe con relación a las manifestaciones, a las asesorías que en su momento se le brindó y por eso no tomó una decisión alternativa de acercarse a un punto en su momento del Seguro Social, a hacer averiguaciones si efectivamente parte de la información que se estaba brindando por el asesor de PORVENIR era cierta o no. De igual manera en la sentencia SL 3464 del año 2019, la sala de casación laboral reiteró que desde la sentencia SL el 1688 del mismo año la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o la exclusión de los efectos jurídicos o de todo efecto jurídico al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional por transmisión debe ser abordada desde la institución de la ineficacia como en este caso. Ahora bien, en relación a la libre y voluntaria e informada eh se debe tener en cuenta que se debe custodiar la afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 19447 del año 2017, SL 1421 del mismo del año 2019, indicó que el libre albedrio seguido por el sistema de Seguridad Social no restringió una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada y que tampoco se trataba de diligenciar un formulario o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto debe de contar con suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión. También se indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es beneficiario del régimen de transición y que para todos los efectos de cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiteradas recientemente por la sentencia ya citada SL 1688 del año 2019. Como se mencionó de igual manera para que se tenga en cuenta en el grado de apelación no se tuvo ninguna información de manera escrita, si bien es cierto que no se podía realizar en su momento una proyección pensional porque se determinó todavía pues los requisitos tanto de la cómo se manos o de ahorros en su defecto sin embargo sí se podía haberle mencionado de manera clara y puntual los requisitos entre otros los el reconocimiento y pago de una prestación económica por vejez en el Seguro Social hoy Colpensiones a diferencia de una pensión que se puede llegar a obtener en el régimen de ahorro individual en su momento señalado por PORVENIR. Tampoco se manifestó por escrito si le era ventajoso, si su ventaja era quedase en el régimen de ahorro individual o en su defecto trasladarse, devolverse o quedarse en su momento en el régimen de prima media que en su momento estaba direccionado por el Seguro Social. En ese orden de ideas pues se avizoran muchas inconsistencias con los cuales no se dieron mínimo detalles importantes para que la persona hubiera tomado tal decisión tan trascendental de haberse trasladado de régimen pensional. En ese orden de ideas solicitó a los ilustres magistrados se revoque en su integridad la sentencia proferida por su despacho en el día de hoy y se condene a las entidades a todas y cada una de las pretensiones qué se invocaron dentro de la demanda. En ese orden de ideas elevó mi recurso de apelación su señoría muy amable".

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 32 años de edad y había laborado por 221,86 semanas[2], para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de servicios (tenía 1 año, 6 meses y 26 días)[3], y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver folio 27 del archivo No. 1 y archivo No. 3 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

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

---

[2] Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, folios 89 y 90 de la demanda, archivo No. 1 expediente digital, trámite de primera instancia.

[3] *Ibídem*.

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

[5] Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y*

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

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

---

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".

la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información" (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal debe revocar la sentencia de primera instancia pues el fondo no demostró haber dado *toda* la información pertinente del Sistema a la demandante en el momento de la afiliación, de forma que le permitiera *"comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"* como lo exige la Sala Laboral de la Corte. No se demuestra ello con el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues si bien indicó que los asesores le hablaron sobre la creación de una cuenta de ahorro individual a su nombre, la posibilidad de realizar aportes voluntarios y de pensionarse *anticipadamente,* así como heredar los recursos ahorrados, nada le indicaron, por ejemplo, sobre los requisitos para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidad de pensión, los factores que se tienen en cuenta para cuantificar la prestación, las condiciones que debe cumplir para pensionarse a cualquier edad o para que el monto sea mejor al que eventualmente le correspondería en prima media como le dijeron que ocurriría, incluso para que sea posible heredar el dinero, la forma en que se trasladarían los aportes efectuados en el RPM, entre otras características propias del RAIS, contenidas en las normas vigentes para la época, y que de haber conocido, habrían podido incidir en su decisión de traslado. Adicionalmente, la actora también refirió que los asesores crearon incertidumbre frente al futuro del ISS

y por eso le recomendaron afiliarse al fondo, con la expectativa de que allí serían mucho mejor administradas sus cotizaciones, siendo el miedo de *perder todo* lo que la motivó a firmar el formulario, aun cuando no tenía conocimiento sobre el funcionamiento de prima media ni los requisitos para pensionarse en ese régimen (Audiencia virtual del 31 de marzo de 2022, récord 17:21).

Incluso, el representante legal de PORVENIR, dijo desconocer las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se suscribió la afiliación de la accionante a ese fondo (Audiencia virtual del 31 de marzo de 2022, récord 10:38).

Se declarará entonces -en las mismas palabras usadas por la Corte- la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, y se dictarán las condenas que corresponden con el criterio que en esta materia trazó esa Corporación, según el cual, se debe ordenar el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y los gastos de administración que cobró la AFP (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 Sala Laboral de la Corte la declaración de 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).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen , ni los traslados horizontales efectuados dentro de la misma (a PROTECCIÓN y COLFONDOS, en las fechas anotadas en la demanda); y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" -ha

dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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

Por las resultas del proceso las COSTAS en primera instancia corren a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia y en su lugar,
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de MARÍA DEL PILAR MUNAR ANGULO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
3. **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

4. ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. que entregue toda la información contenida en la historia laboral de MARÍA DEL PILAR MUNAR ANGULO a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

5. 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.

6. **COSTAS** en primera instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

7. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUZ MARLENNY LOZANO VALENCIA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 esta última, la sentencia dictada el 28 de marzo de 2022 por el Juez Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ MARLENNY LOZANO VALENCIA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en octubre de 1997, con fundamento en que se le indujo a error al habérsele no habersele brindado información completa que le permitiera comprender las consecuencias de su decisión, beneficios y demás

datos que le permitieran conocer una proyección estimada de su pensión. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a COLPENSIONES aceptar su retorno al RPM y a la AFP PORVENIR S.A. trasladar todo lo recibido con motivo de su afiliación con los correspondientes rendimientos (ver demanda en archivo 01 folios 4 a 8 y 42 a 46).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran en el plenario pruebas de que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, según formulario de afiliación suscrito voluntariamente acorde a la normativa vigente para la época, sin que haya probado lo contrario, como era el deber procesal de quien lo alega. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en efectuar el traslado previo a encontrarse incursa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Por último, resaltó que la acción de nulidad aducida se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho y de la obligación*, *error de derecho no vicia el consentimiento*, *buena fe*, *prescripción*, *imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas* y *genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 52 a 72).

También contestó la demanda, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre e informada, luego de recibir una asesoría acorde a las disposiciones legales vigentes, como lo manifestó la parte actora, quien era una persona capaz, en el formulario correspondiente, único documento exigido para la época, sin que hubiera solicitado información adicional para tomar la decisión que le resultara más conveniente, como era su deber como consumidor financiero y tratándose de un régimen contenido en la Ley. No cualquier falta de información vicia el consentimiento y la legislación no consagra la ineficacia de la afiliación. Nunca se presentó inconformidad ni se hizo uso del derecho de retracto. No se

advierte pues, causal alguna de nulidad alguna y, en todo caso, se encuentra incursa en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En caso de condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos ya cumplieron su cometido legalmente establecido. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción*, *prescripción 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 76 a 96).

Terminó la primera instancia con sentencia de 28 de marzo de 2022, mediante la cual el Juez Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). 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 no probó haber brindado una buena asesoría sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. No encontró confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte rendido por la actora. Los traslados y la permanencia al interior del régimen no constituyen ratificación. No hay lugar a declarar la prescripción de la acción, por tratarse de un derecho irrenunciable ligado con la prestación pensional.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora LUZ MARLENNY LOZANO VALENCIA, identificada con la C.C. 51.687.767, a través del fondo administrado por la sociedad demandada PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en precedencia. SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado de la demandante señora LUZ MARLENNY LOZANO VALENCIA,*

identificada con la C.C. 51.687.767, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora LUZ MARLENNY LOZANO VALENCIA, identificada con la C.C. 51.687.767 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia." (Audiencia virtual del 28 de marzo de 2022 – archivo 08 hora 1:10:18).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderado pide se revoque la decisión, por considerar que la afiliación con dicha entidad fue válida y previa asesoría verbal, de lo cual daba cuenta la suscripción del formulario de afiliación, según la legislación vigente para la época, por lo que no es dable exigir documentación o requisitos adicionales. En interrogatorio de parte la demandante confesó haber recibido una debida asesoría, como que su pensión dependería de sus ahorros, se podría pensionar anticipadamente y sus familiares podrían hacer uso de los dineros en caso de su fallecimiento. Pese a conocer la posibilidad de traslado previo a los 47 años, no lo hizo. La inconformidad se centra únicamente en el monto de la mesada pensional, el

cual no podía preverse al momento del traslado. En todo caso, se deben tener en cuenta las restituciones mutuas en cuanto a los gastos de administración, descontados por disposición legal, pues de otra forma no se habrían generado los rendimientos cuya *devolución* se ordena. (Audiencia virtual del 28 de marzo de 2022 – archivo 08 hora 1:12:27).

La apoderada de COLPENSIONES solicita se revoque la decisión, en cuando considera que no es procedente declarar la *nulidad* de la afiliación, pues la misma se realizó de manera libre y voluntaria, conforme lo cual suscribió el formulario de afiliación y permaneció afiliada al RAIS por más de 26 años, sin que se pueda pedir a la AFP documental adicional a la exigida para la época. No es dable que se quiera beneficiar de la solidaridad del RPM, en perjuicio de quienes sí han cotizado durante este tiempo, al generar la desfinanciación del sistema. Agrega que en interrogatorio la demandante confesó haber recibido toda la información pertinente y haber podido realizar preguntas adicionales. En caso de confirmar la decisión, solicita se mantenga la orden de trasladar todos los dineros, aportes, rendimientos, *bonos pensionales*, etc. que se encuentren a cargo de la AFP (Audiencia virtual del 28 de marzo de 2022 – archivo 08 hora 1:20:41).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que 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 34 años de edad y había laborado por 281,29 semanas[1], para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos

[1] Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 01 folios 9 a 13.

de 15 años de servicios (tenía 3 años, 1 mes y 21 días)[2], y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver archivo 01 folios 21 a 23 y 40).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [3] [4], según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

---

[2] *Ibídem*.

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

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema 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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) 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"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó que su traslado se dio cuando trabajaba en una empresa de 6 empleados, momento en que los asesores de la AFP se acercaron a ofrecer sus servicios a un grupo de trabajada ya que el ISS se acabaría, mientras que en dicha entidad tendría una cuenta individual y podría pensionarse más rápido. (Audiencia virtual del 28 de marzo de 2022 – archivo 08 Min. 09:04).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia o los posteriores traslados en dicho régimen y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella (Sentencias SL1421 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 1993[5], este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el Juez de primera instancia (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades extra y ultra petita de las que está investida el Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía definir la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de aquella, como quiera que al respecto se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

---

[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".*

También conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que informó a dicha entidad que podría obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de 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.

COSTAS de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

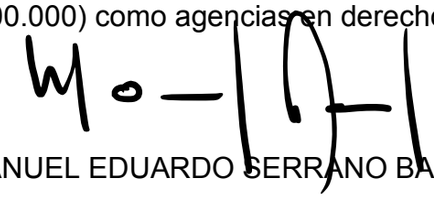
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MARÍA EUGENIA PLATA VALDIVIESO CONTRA LA SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 24 de marzo de 2022 por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se NEGÓ la anulación o declaración de ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARÍA EUGENIA PLATA VALDIVIESO presentó demanda contra LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la ineficacia de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada mediante la afiliación que suscribió el 28 de noviembre de 1995 con

PORVENIR, y las posteriores realizadas dentro del mismo régimen. Afirma que PORVENIR no le brindó información sobre las características del régimen de ahorro individual ni las del régimen de prima media, las condiciones para obtener la pensión de vejez, los riesgos de la afiliación, entre otros. En consecuencia, pide que se condene a COLFONDOS trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de recursos de su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora *sin descuento por el pago de las mesadas pensionales que se hayan efectuado o se llegaren a efectuar en el curso de este proceso judicial*, así como los gastos de administración debidamente indexados; y se ordene a esta última que acepte su vinculación en el Régimen de Prima Media, recibía la totalidad de los ahorros trasladados por la AFP y actualice su historia laboral, y se condene al pago de las costas y agencias en derecho por parte de los demandados, y lo que extra y ultra petita proceda según lo que se pruebe a lo largo del proceso (ver escrito de demanda y su subsanación archivo No. 1 y 7 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas en debida forma comparecieron las demandadas.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a través de apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones que involucran a esa sociedad pues, en su sentir, no existen presupuestos de hecho ni de derecho para declarar la ineficacia del trasladado, encontrándose la actora válidamente vinculada al RAIS. En esa orientación, sostuvo, al momento de la afiliación los fondos privados no tenían la obligación de brindar información en los términos que exige la parte demandante y, en todo caso, sus asesores brindaron una asesoría integral y completa a la convocante sobre las implicaciones de su traslado, las diferencias entre los regímenes, las características del RAIS, su funcionamiento, ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen sus aportes, el retracto y los requisitos para reconocer la pensión de vejez en uno u otro régimen, esto es, cumplió con los presupuestos legales, por lo cual se suscribió el formulario respectivo sin presión o coacción, de allí que no esté viciado su consentimiento. Advirtió la falta de pruebas que

demuestren el supuesto engaño u omisión, o elementos que den cuenta en qué se realizó una acción fraudulenta de la AFP. Informa que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, no hizo uso del derecho de retracto, y comnsideara que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, siendo estas parte de las restituciones mutuas en la resolución de un contrato. En su defensa propone las excepciones de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada y genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago* (ver contestación carpeta 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante apoderada, también contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual, por cuanto, para el momento del traslado, contaba con plena capacidad legal, y se le brindó la información necesaria, veraz y suficiente conforme a los lineamientos normativos de la época. Aseguró que no toda omisión al deber de información afecta el consentimiento, y en todo caso, esa circunstancia no es suficiente para declarar la ineficacia del traslado. Indicó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y que también era su deber buscaer la información pertinente. Propuso como excepciones la de prescripción, *prescripción de la acción de nulidad*, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (ver contestación carpeta 12 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada judicial, se opiso también al éxito de las aspiraciones del libelo. Adujo que las peticiones carecen de fundamento legal, como quiera que la afiliación al RAIS se realizó con la plena voluntad de la accionante, quien,

actualmente se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Refirió que la falta de una proyección pensional al momento del traslado no es prueba útil para acreditar un vicio del consentimiento, y que era obligación de la demandante informarse y evaluar cuál sería, a futuro, el régimen más favorable. Propuso como excepciones de mérito las que denominó *inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada* (ver contestación carpeta 13 del expediente digital).

Por auto del 25 de noviembre de 2021, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de PROTECCIÓN S.A. (ver archivo No. 21 del expediente digital, trámite primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de marzo de 2022, mediante la cual el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de Bogotá NEGÓ la anulación o declaración de ineficacia del traslado de la demandante, del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez estableció que para que procediera la ineficacia del traslado se debíamn acreditar vicios en el consentimiento, los cuales no se configuraron en este caso. Además, precisó, aun cuando se revisara dicho fenómeno de cara a la omisión de la información en la afiliación, lo cierto es que la actora se mantuvo en el RAIS sin referir inconformidad alguna, y se trasladó en múltiples oportunidades, con lo cual se configuró una verdadera afiliación tácita válida que generó todos los efectos jurídicos. Por último destacó que admitir la ineficacia en el presente caso atentaría contra los principios de estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a las demandadas A.F.P. PROTECCIÓN S.A., A.F.P. PORVENIR S.A. y A.F.P. COLFONDOS S.A. de todas y cada una*

de las pretensiones formuladas en la demanda por MARÍA EUGENIA PLATA VALDIVIESO, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo del demandante, en firme la presente providencia. Por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $500.000, en favor de cada una de las demandadas. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con al SUPERIOR" (Audiencia virtual, archivo 33 del expediente digital, trámite de primera instancia, hora 1 minuto 42:55).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda. Argumenta que se incumplió con la obligación de suministrar la información suficiente, obligación que estaba vigente al momento en que se realizó el cambio de régimen por parte de la actora, advirtiendo que según la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia, no es necesario probar la existencia de un vicio del consentimiento pues la discusión gira frente al incumplimiento del deber de información por parte de la AFP, situación que en autos quedó probada (Audiencia virtual, archivo 33, récord 1:43:39).

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 25 años de edad y había laborado por 197,43 semanas[1], para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de servicios (tenía 2 años, 3 meses y 17 días)[2], y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 50 años de edad – ver página 43 del archivo 1 y archivo No. 2 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [3] [4].

---

[1] Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo GRP, Carpeta CC, contestación Carpeta 13.

[2] *Ibídem*.

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

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

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

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

por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social" (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal debe revocar la sentencia de primera instancia, pues los demnadados no demostraron haber dado *TODA* la información pertinente del Sistema a la demandante en el momento de la afiliación, de forma que le permitiera *"comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"* como lo exige la Sala Laboral de la Corte.

No se demuestra ello con el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues indicó allí que estaba comenzando su vida laboral y un asesor de PORVENIR le recomendó la afiliación a ese fondo privado debido al riesgo de que se acabara el ISS y la posibilidad de no obtener pensión alguna en el régimen público, sin brindarle más información detallada. (Audiencia virtual, archivo 33 del expediente digital, trámite de primera instancia, minuto 8:20).

Se declarará entonces -en las mismas palabras usadas por la Corte- la *ineficacia* del traslado de régimen de la demandante, y se dictarán las condenas que corresponden, con el criterio que en esta materia trazó esa Corporación, según el cual, se debe ordenar el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y los gastos de administración que cobró la AFP (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 Sala Laboral de Corte la declaración de 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).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen ni los traslados horizontales efectuados dentro del mismo (la demadsnate se trasdaldó a PROTECCIÓN y COLFONDOS, en las fechas anotadas en la demanda). Además -dice la corte- la acción para reclamar la ineficacia es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Por las resultas del proceso las COSTAS de primera instancia corren a cargo de PORVENIR, COLFONDOS, PROTECCIÓN y COLPENSIONES.

SIN COSTAS en la apelación.

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. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia, y en su lugar,
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de MARÍA EUGENIA PLATA VALDIVIESO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
3. **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS –actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante- a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
4. **ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. que entreguen toda la información contenida en la historia laboral de MARÍA EUGENIA PLATA VALDIVIESO a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
5. **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores correspondientes a los gastos de administración causados en vigencia de la vinculación de la actora con ese fondo.
6. **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.
7. **COSTAS** en primera instancia a cargo de PORVENIR, COLFONDOS, PROTECCIÓN y COLPENSIONES.
8. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE JACQUELINE ÁVILA CORTÉS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 10 de febrero de 2022 por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella 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).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JACQUELINE ÁVILA CORTÉS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* o, en

subsidio, la ineficacia *e inoperancia* de su traslado del RPM al RAIS, a través de la AFP COLFONDOS A.S. ocurrido en marzo de 1998, así como la efectuada con posterioridad a PORVENIR S.A. en abril de 2002, con fundamento en que se le indujo a error al no habérsele brindado información completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas de cada régimen y los beneficios de su traslado. Previo al presente trámite evidenció que la mesada pensional que obtendría en el RAIS es muy inferior a la que se le otorgaría en el RPM. Como consecuencia, pide tenga como afiliada en COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado, y se ordene a la AFP trasladar a todos los aportes, rendimientos, cuotas de administración, *bono pensional* y actualización de su historia laboral (ver demanda en archivo 01 folios 2 a 8).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la vinculación operó de manera, libre, informada y espontánea, sin que se presentaran vicios en el consentimiento, después de haberse brindado amplia asesoría sobre las implicaciones de la afiliación y tratándose de una persona capaz. En todo caso, las características de los regímenes pensionales se encuentran estipuladas legalmente, por lo que son de conocimiento público y era su deber informarse sobre las mismas y el desconocimiento de los mismos no es causal de ineficacia, la cual no se encuentra contemplada normativamente para dicha situación. Tampoco se hizo uso del derecho de retracto ni de trasladarse al RPM previo a encontrarse incursa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. En caso de acceder a lo pretendido, no hay lugar a trasladar los montos descontados por gastos de administración, los cuales por disposición legal fueron debidamente descontados y cumplieron su finalidad. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción*, *prescripción de la acción de nulidad*, *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y *buena fe* (ver contestación en archivo 10 folios 1 a 23).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que previo a la suscripción del formulario de afiliación se brindó una asesoría integral sobre las implicaciones de su decisión, las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen pensional y las condiciones necesarias para alcanzar la prestación en el RAIS, tal como lo manifestó con la suscripción del formulario de afiliación, sin que la ignorancia de la Ley sirva de excusa. En todo caso, no se hizo uso de la opción de retracto. Resaltó que no se cumplen los presupuestos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. La afiliada se encuentra incursa en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Agregó que el traslado al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. Tampoco se dan los presupuestos para reclamar indemnización por daños y perjuicios. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación*, *falta de legitimación en la causa por pasiva*, *buena fe*, *innominada o genérica*, *ausencia de vicios del consentimiento*, *validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad*, *ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.*, *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado* y *compensación y pago* (ver contestación en archivo 12 folios 4 a 15).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, también contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas con fundamento en que la afiliación de la demandante en el RAIS tiene plena validez y legalidad, pues no se probó alguna de las causales de nulidad como vicios en el consentimiento, como era su deber procesal. Advirtió que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, pues es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación. Tampoco se solicitó el traslado durante su afiliación, lo que implica la aceptación tácita del mismo, ni se hizo previo a encontrarse incursa en la prohibición señalada en la ley 797 de 2003, sin que se cumplan los

requisitos contenidos en la sentencia SU-062 de 2010. Lo pretendido va en contravía del principio de sostenibilidad financiera del sistema. Propuso como excepciones de fondo: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*, *descapitalización del sistema pensional*, *inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida*, *prescripción de la acción laboral*, *caducidad*, *inexistencia de causal de nulidad*, *saneamiento de la nulidad alegada*, *no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público* e *innominada o genérica* (ver contestación en archivo 14).

Terminó la primera instancia con sentencia de 10 de febrero de 2022, mediante la cual el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS S.A. no demostró haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que se hubiera demostrado la subsanación efectiva de dicha deficiencia en los presuntos actos de relacionamiento. La acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional.

La parte resolutiva de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Se DECLARA LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora JACQUELINE ÁVILA CORTÉS al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP COLFONDOS, y en consecuencia, se ordena a PORVENIR, fondo en el que actualmente se encuentra afiliada, trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses y sus rendimientos. SEGUNDO: CONDENAMOS a AFP PORVENIR S.A. Y a la AFP COLFONDOS S.A. a pagar cada una con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora, por los gastos de administración, de*

acuerdo al tiempo en que permaneció afiliada en cada fondo de éstos que estamos mencionando, como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia, acorde con los postulados de la Corte Suprema de Justicia. TERCERO: Se CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a JACQUELINE ÁVILA CORTÉS al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR. CUARTO: Se CONDENA EN COSTAS a la demandada AFP COLFONDOS S.A., por ello se señalan las agencias en derecho en $1.000.000, que se incluyen en la liquidación de costas. Sin costas para PORVENIR y COLPENSIONES. QUINTO: De no presentarse apelación, se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, para que se estudie en el grado jurisdiccional de consulta." (Audiencia virtual del 10 de febrero de 2022 – archivo 30 Min. 59:18).

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES a través de su apoderada presentó recurso para que se revoque la decisión, por considerar que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que regula las consecuencias de la ineficacia, debe aplicarse íntegramente en tanto los perjuicios que se causen al afiliado con el acto de afiliación deben resarcirse conforme al Decreto 720 de 1994, vigente para la época del traslado, sin que puedan aplicarse normas posteriores. Resaltó que dicha entidad fue ajena al acto de traslado y esta decisión generaría un detrimento financiero en perjuicio de los demás afiliados al RPM, en beneficio de personas que no han cotizado, máxime cuando en el presente asunto la demandante tenía conocimiento de la norma al trabajar en entidades financieras y de salud en que tendía acceso a la forma de realizar las cotizaciones, lo cual negó en interrogatorio, generando error en el juzgador. En caso de confirmar, solicita se autorice a la entidad para obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se generen (Audiencia virtual del 10 de febrero de 2022 – archivo 30 Hora 1:01:02).

El apoderado de PORVENIR S.A. pide que se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia, dado que se proporcionó la información pertinente y completa vigente para la época, previo a la afiliación, conforme al formulario de afiliación suscrito sin presiones, sin que sea dable exigir documentales o asesorías adicionales a las señaladas para entonces. La demandante fue negligente al no actualizar los datos de contacto a los cuales se remitió la información. Adicionalmente, considera contradictoria la devolución de los gastos de administración junto con los rendimientos financieros, no corresponde a una consecuencia de la ineficacia declarada, pues los últimos no se habrían generado, sumado a que dichas sumas, incluidos lo destinado a los seguros previsionales que fueron debidamente pagados, se descuenta por disposición legal y también lo serían en el RPM. Lo anterior desconoce la gestión de la AFP y, en consecuencia, se deberían reconocer las restituciones mutuas (Audiencia virtual del 10 de febrero de 2022 – archivo 30 Hora 01:05:24).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 787,86 semanas[1], 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 11 años, 4 meses y 22 días)[2], y para la fecha

[1] Ver historia laboral actualizada por COLPENSIONES – archivo 01 folios 20 a 24.

[2] *Ibídem*.

de presentación de la demanda había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 57 años – ver archivo 01 folio 9 y archivo 02).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [3] [4], según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP 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

[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 CORTÉS"*.

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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (año 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.

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. Indicó que el traslado se dio en una reunión grupal de 15 minutos en su lugar de trabajo, donde una *señora* de COLFONDOS les indicó que se pensionaría más joven, que podría retirar su dinero y que el ISS se iba a acabar, sin que le dieran más explicaciones, situación que se repitió en su posterior traslado a PORVENIR, pues éstas entidades le generaron confianza y eran de un *buen grupo* (Audiencia virtual del 10 de febrero de 2022 – archivo 30 Min. 14:45).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen ni los traslados que se efectúen al interior del mismo. Así mismo, se advierte que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro

individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y a cargo de ésta y de COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (Sentencias SL1421 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"* (SL4360 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 1993[5], este porcentaje hace parte de los gastos de administración (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

DECISIÓN

---

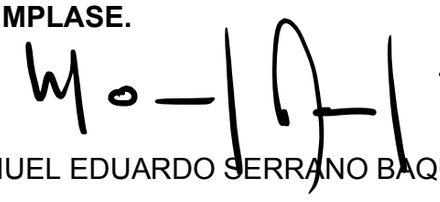
[5] *"En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

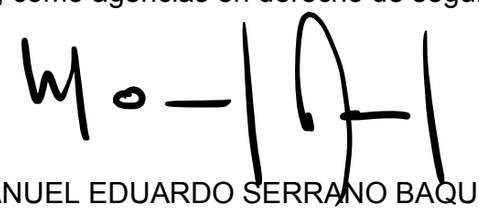


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ IGNACIO DELGADO MOLANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 9 de noviembre de 2021 por la Juez Segunda Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar pensión de vejez, con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003

Téngase a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido por la Representante Legal Suplente de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (folio12).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOSÉ IGNACIO DELGADO MOLANO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario

laboral se reconozca, liquide y pague pensión de vejez, con base en lo previsto en la Ley 797 de 2003, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los derechos ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones sostiene que laboró para varias empresas del sector privado cotizando al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones un total de 1306,43 semanas; que de manera paralela laboró para el Magisterio, entidad que mediante Resolución No. 0644 le reconoció pensión vitalicia de jubilación. Asegura que mediante petición del 14 de octubre de 2020 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, prestación que le fue negada mediante acto administrativo No. SUB229629 del 27 de septiembre de 2020, confirmada en Resolución DPE 15271 del 11 de noviembre de ese mismo año (ver demanda folios 8 a 26 del archivo No. 01, CD folio 6).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el actor adquirió el estatus de pensionado en el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG a partir del 23 de mayo de 2012, esto es, después del 19 de junio de 2002 (día anterior a la vigencia del Decreto 1278 de 2002), y de conformidad con la Circular Interna No. 1, numeral 1.6.9. de la entidad, la pensión de jubilación que percibe a cargo del FOMAG es incompatible con la pensión de vejez que reclama. Propuso como excepciones prescripción y caducidad, *imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal,* buena fe, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido e imposibilidad de condena en costas (ver contestación a la demanda archivo No. 05 del CD folio 6).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de noviembre de 2021, mediante la cual la Juez Segunda Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, a reconocer y pagar a favor del actor la pensión de vejez, con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

La parte resolutiva tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR que el señor JOSÉ IGNACIO DELGADO MOLANO tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 del 2003. SEGUNDO: DECLARAR que la pensión vitalicia de jubilación reconocida a JOSÉ IGNACIO DELGADO MOLANO por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la pensión de vejez que debe reconocer COLPENSIONES son compatibles. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez al demandante JOSÉ IGNACIO DELGADO MOLANO a partir del 1º de octubre del 2019 con un valor de mesada inicial de $1.153.978 y por 13 mesadas al año. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante JOSÉ IGNACIO DELGADO MOLANO la suma de $32.358.829 por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 1º de octubre del 2019 al 31 de octubre del 2021, quedando autorizada la entidad pensional para descontar de dicha cifra lo correspondiente a los aportes al sistema general de seguridad social. QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante JOSÉ IGNACIO DELGADO MOLANO intereses moratorios sobre las sumas adeudadas a partir del 14 de febrero del 2021 y hasta cuando se verifique el pago de las mismas. SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa. SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T. y la S.S. OCTAVO: COSTAS en instancia como se dijo en la parte motiva de esta sentencia"* (audiencia virtual minuto 37:12 – archivo No 12, CD folio 6, trámite de primera instancia).

Para tomar su decisión, la Juez concluyó que la pensión de jubilación reconocida a favor del demandante no se integró al Sistema General de Seguridad Social y es por ello compatible con la pensión de vejez que reclama,

y advirtió que el FOMAG no tuvo en cuenta para efectos del reconocimiento pensional los aportes efectuados por la actora al ISS, hoy COLPENSIONES. Reconoció el derecho pensional bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por cumplir los requisitos de edad y semanas exigidos, a partir del 1 de octubre de 2019, momento en el cual operó la desafiliación del Sistema, y dispuso el pago de la prestación en cuantía de $1.153.978, sobre 13 mesadas anuales, y el pago de las mesadas causadas con indexación.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primer grado. Afirma que de conformidad con lo previsto en el artículo 128 de la Constitución Política el demandante no puede percibir más de una asignación que provenga del tesoro público, aunado a que de conformidad con la Ley 549 de 199, los tiempos laborados o cotizados al sector público y/o privado serán utilizados para financiar la pensión[1] (Audiencia virtual minuto 39:14, archivo No 12 CD folio 6, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución 0644 del 1 de febrero de 2013, la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconoció pensión de jubilación al demandante, a partir del 23 de mayo de 2012, en cuantía inicial de $1.695.392, por la prestación de servicios como docente de

---

[1] *"Gracias señor Juez, me permito interponer recurso de alzada en contra de la sentencia proferida solicitando revocarla en su totalidad estableciendo que la posición de mi representada ha sido acorde al artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, en cuanto nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público e igualmente también la posición de mi representada fue acogerse a la Ley 549 del 99 en cuanto todos los tiempos laborados o cotizados al sector público, los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión, gestión que no se ha realizado, así las cosas culmino mi intervención, gracias señor Juez".*

vinculación nacional (ver resolución en las páginas 66 a 68, archivo No. 1 Cd folio 6 del expediente digital).

Tampoco se controvirtió que JOSÉ IGNACIO DELGADO MOLANO ha cotizado a COLPENSIONES 1306.43 semanas de aportes entre el 1 de febrero de 1983 y el 30 de septiembre de 2019. Este hecho se prueba, además, con la historia laboral aportada por la entidad demandada con el expediente administrativo (archivo 6, CD folio 6 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Para resolver la controversia basta con recordar que el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y advierte clara y perentoriamente que las "*prestaciones a cargo* [DE DICHO FONDO] *serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*".

En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son plenamente compatibles con las que surjan del Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado desde antaño y en forma reiterada[2]. En la sentencia con radicado No. 40848 del 6 de diciembre de 2011 la Corte estableció que los reglamentos

[2] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, M.P. Camilo Tarquino Gallego: *"(…) los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo*".

El anterior precedente ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 451 del 17 de julio de 2013 (M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), en la cual se concluyó la procedencia de la devolución de saldos en favor de una persona que percibía una pensión de jubilación reconocida por la prestación de sus servicios como docente oficial.

del ISS no limitaron la obligación de los empleadores de afiliar al Sistema de pensiones a los docentes cuando prestan servicios en centros educativos de carácter particular. Por el contrario, son afiliados forzosos, y por ello bien pueden causar y se les deben pagar las pensiones que nacen de tales aportes. Advirtió además la Corte en dicha sentencia, que los pagos efectuados por el ISS a sus afiliados no constituyen asignaciones del tesoro público, *"en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores*"[3], materia sobre la cual es particularmente claro el contenido del artículo 13 literal m) de la Ley 100 de 1993.

Se debe advertir que el Acto Legislativo 01 de 2005 no afectó el derecho del demandante, pues el parágrafo transitorio No 1[4] estableció que el régimen exceptuado de los afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se continúa aplicando a los docentes oficiales que se encontraban vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003), como ocurrió con el demandante, quien se vinculó a dicho Fondo el 4 de marzo de 1992 según consta en la Resolución que le reconoció la pensión (folios 66 a 68 del archivo No. 1, CD folio 6, expediente digital, trámite de primera instancia).

En este orden de ideas y dado que el derecho pensional que reclama es compatible con la pensión de jubilación que recibe el demandante, pues esta última se causó en vigencia del régimen de excepción aplicable a los docentes oficiales, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, en la medida en que el actor demostró los requisitos de acceso a la pensión de vejez que

---

[3] Ídem.

[4] "*El régimen de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003*"

regula el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Esta norma asigna pensión de vejez a los hombres que cumplan 62 años de edad, si acreditan "*haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015".* El demandante cumplió la edad de 62 años el 22 de mayo de 2019 (de conformidad con la cédula de ciudadanía obrante en el plenario, página 86, archivo No. 01 del CD folio 6, expediente digital) y para el 30 de septiembre de 2019 completó 1306,43 semanas de cotización, por lo cual procede el reconocimiento de la prestación. La densidad de cotizaciones se observa de la historia laboral allegada por COLPENSIONES (expediente administrativo – archivo No 6, expediente digital, CD folio 6) y corresponde a tiempos que no tuvieron incidencia en el reconocimiento pensional a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pues se trata de cotizaciones que se efectuaron al ISS por instituciones educativas del sector privado, y cotizaciones efectuadas de manera independiente por el actor.

Así las cosas, el demandante causó el derecho que reclama el 15 de septiembre de 2019, cuando completó 1300 semanas cotizadas al Sistema pues para ese momento había cumplido la edad de pensión (cumplió los 62 años el 22 de mayo de 2019), y la prestación podía ser exigida desde la fecha en que se desafilió del Sistema, lo que se entiende ocurrido con el pago del último aporte, en el ciclo de septiembre de 2019 (ver historia laboral obrante en el expediente administrativo), por lo cual resulta ajustada a derecho la decisión dictada en primera instancia que dispuso el pago de la primera mesada pensional a partir de ese momento. Sobre ninguna de las mesadas operó el término de prescripción, dado que la demanda se interpuso el 7 de diciembre de 2020 (ver acta de reparto, archivo No.002, CD folio 6).

También se confirmará la sentencia en cuanto dispuso el pago de la mesada en cuantía de $1.153.978 y sobre 13 mesadas anuales. Frente a lo primero, luego de efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes la Sala obtuvo una suma levemente superior ($1.197.831,26) a la calculada por la *a quo,* que no puede ser modificada en virtud del principio de la *no reformatio in peius*. Sobre lo segundo así lo dispone el parágrafo transitorio No. 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, pues la pensión se causó después del 31 de julio de 2011 (en el año 2019).

No obstante, se revocará la decisión de primer grado en cuanto definió un valor concreto para la condena de mesadas adeudadas en el pasado, pues en prestaciones periódicas el saldo final a cargo del deudor solo se puede obtener de manera precisa y concreta cuando la entidad hace la inclusión en nómina.

OPERACIONES ARITMÉTICAS:

Periodo	Días Cotizados	IBC	Índice Inicial	Índice final	IBL diario indexado
feb-83	28	$ 21.420,00	1,41	100	$ 1.417.872,34
mar-83	31	$ 21.420,00	1,41	100	$ 1.569.787,23
abr-83	30	$ 21.420,00	1,41	100	$ 1.519.148,94
may-83	31	$ 21.420,00	1,41	100	$ 1.569.787,23
jun-83	30	$ 21.420,00	1,41	100	$ 1.519.148,94
jul-83	31	$ 21.420,00	1,41	100	$ 1.569.787,23
ago-83	31	$ 21.420,00	1,41	100	$ 1.569.787,23
sep-83	30	$ 21.420,00	1,41	100	$ 1.519.148,94
oct-83	31	$ 21.420,00	1,41	100	$ 1.569.787,23
nov-83	30	$ 21.420,00	1,41	100	$ 1.519.148,94
dic-83	31	$ 21.420,00	1,41	100	$ 1.569.787,23
ene-84	31	$ 21.420,00	1,65	100	$ 1.341.454,55
feb-84	29	$ 33.270,00	1,65	100	$ 1.949.151,52
mar-84	31	$ 42.000,00	1,65	100	$ 2.630.303,03
abr-84	30	$ 42.000,00	1,65	100	$ 2.545.454,55
may-84	31	$ 42.000,00	1,65	100	$ 2.630.303,03
jun-84	30	$ 42.000,00	1,65	100	$ 2.545.454,55
jul-84	31	$ 42.000,00	1,65	100	$ 2.630.303,03
ago-84	30	$ 42.000,00	1,65	100	$ 2.545.454,55
sep-84	31	$ 42.000,00	1,65	100	$ 2.630.303,03

oct-84	30	$ 42.000,00	1,65	100	$	2.545.454,55
nov-84	30	$ 30.150,00	1,65	100	$	1.827.272,73
dic-84	7	$ 30.150,00	1,65	100	$	426.363,64
mar-85	4	$ 41.040,00	1,95	100	$	280.615,38
abr-85	30	$ 41.040,00	1,95	100	$	2.104.615,38
may-85	31	$ 41.040,00	1,95	100	$	2.174.769,23
jun-85	30	$ 41.040,00	1,95	100	$	2.104.615,38
jul-85	31	$ 41.040,00	1,95	100	$	2.174.769,23
ago-85	31	$ 41.040,00	1,95	100	$	2.174.769,23
sep-85	30	$ 41.040,00	1,95	100	$	2.104.615,38
oct-85	31	$ 41.040,00	1,95	100	$	2.174.769,23
nov-85	30	$ 41.040,00	1,95	100	$	2.104.615,38
feb-86	2	$ 47.370,00	2,38	100	$	132.689,08
mar-86	31	$ 47.370,00	2,38	100	$	2.056.680,67
abr-86	30	$ 47.370,00	2,38	100	$	1.990.336,13
may-86	31	$ 47.370,00	2,38	100	$	2.056.680,67
jun-86	30	$ 47.370,00	2,38	100	$	1.990.336,13
jul-86	31	$ 47.370,00	2,38	100	$	2.056.680,67
ago-86	31	$ 47.370,00	2,38	100	$	2.056.680,67
sep-86	30	$ 47.370,00	2,38	100	$	1.990.336,13
oct-86	31	$ 47.370,00	2,38	100	$	2.056.680,67
nov-86	30	$ 47.370,00	2,38	100	$	1.990.336,13
mar-87	15	$ 54.630,00	2,88	100	$	948.437,50
abr-87	30	$ 54.630,00	2,88	100	$	1.896.875,00
may-87	31	$ 54.630,00	2,88	100	$	1.960.104,17
jun-87	30	$ 54.630,00	2,88	100	$	1.896.875,00
jul-87	31	$ 54.630,00	2,88	100	$	1.960.104,17
ago-87	31	$ 54.630,00	2,88	100	$	1.960.104,17
sep-87	30	$ 54.630,00	2,88	100	$	1.896.875,00
oct-87	31	$ 54.630,00	2,88	100	$	1.960.104,17
nov-87	30	$ 54.630,00	2,88	100	$	1.896.875,00
feb-88	4	$ 61.950,00	3,58	100	$	230.726,26
mar-88	31	$ 61.950,00	3,58	100	$	1.788.128,49
abr-88	30	$ 61.950,00	3,58	100	$	1.730.446,93
may-88	31	$ 61.950,00	3,58	100	$	1.788.128,49
jun-88	30	$ 61.950,00	3,58	100	$	1.730.446,93
jul-88	31	$ 61.950,00	3,58	100	$	1.788.128,49
ago-88	31	$ 61.950,00	3,58	100	$	1.788.128,49
sep-88	30	$ 61.950,00	3,58	100	$	1.730.446,93
oct-88	31	$ 61.950,00	3,58	100	$	1.788.128,49
nov-88	30	$ 61.950,00	3,58	100	$	1.730.446,93
feb-89	5	$ 70.260,00	4,58	100	$	255.676,86
mar-89	31	$ 70.260,00	4,58	100	$	1.585.196,51
abr-89	30	$ 70.260,00	4,58	100	$	1.534.061,14

may-89	31	$ 70.260,00	4,58	100	$	1.585.196,51
jun-89	30	$ 70.260,00	4,58	100	$	1.534.061,14
jul-89	31	$ 70.260,00	4,58	100	$	1.585.196,51
ago-89	31	$ 70.260,00	4,58	100	$	1.585.196,51
sep-89	30	$ 70.260,00	4,58	100	$	1.534.061,14
oct-89	31	$ 70.260,00	4,58	100	$	1.585.196,51
nov-89	30	$ 70.260,00	4,58	100	$	1.534.061,14
feb-90	16	$ 89.070,00	5,78	100	$	821.868,51
mar-90	31	$ 89.070,00	5,78	100	$	1.592.370,24
abr-90	30	$ 89.070,00	5,78	100	$	1.541.003,46
may-90	31	$ 89.070,00	5,78	100	$	1.592.370,24
jun-90	30	$ 89.070,00	5,78	100	$	1.541.003,46
jul-90	31	$ 89.070,00	5,78	100	$	1.592.370,24
ago-90	31	$ 89.070,00	5,78	100	$	1.592.370,24
sep-90	30	$ 89.070,00	5,78	100	$	1.541.003,46
oct-90	31	$ 89.070,00	5,78	100	$	1.592.370,24
nov-90	30	$ 89.070,00	5,78	100	$	1.541.003,46
feb-91	4	$ 111.000,00	7,65	100	$	193.464,05
mar-91	31	$ 111.000,00	7,65	100	$	1.499.346,41
abr-91	30	$ 111.000,00	7,65	100	$	1.450.980,39
may-91	31	$ 111.000,00	7,65	100	$	1.499.346,41
jun-91	30	$ 111.000,00	7,65	100	$	1.450.980,39
jul-91	31	$ 111.000,00	7,65	100	$	1.499.346,41
ago-91	31	$ 111.000,00	7,65	100	$	1.499.346,41
sep-91	30	$ 111.000,00	7,65	100	$	1.450.980,39
oct-91	31	$ 111.000,00	7,65	100	$	1.499.346,41
nov-91	30	$ 111.000,00	9,7	100	$	1.144.329,90
feb-92	4	$ 150.270,00	9,7	100	$	206.556,70
mar-92	31	$ 150.270,00	9,7	100	$	1.600.814,43
abr-92	30	$ 150.270,00	9,7	100	$	1.549.175,26
may-92	31	$ 150.270,00	9,7	100	$	1.600.814,43
jun-92	30	$ 150.270,00	9,7	100	$	1.549.175,26
jul-92	31	$ 150.270,00	9,7	100	$	1.600.814,43
ago-92	31	$ 150.270,00	9,7	100	$	1.600.814,43
sep-92	30	$ 150.270,00	9,7	100	$	1.549.175,26
oct-92	31	$ 150.270,00	9,7	100	$	1.600.814,43
nov-92	25	$ 150.270,00	9,7	100	$	1.290.979,38
feb-93	10	$ 181.050,00	12,14	100	$	497.116,97
mar-93	31	$ 181.050,00	12,14	100	$	1.541.062,60
abr-93	30	$ 181.050,00	12,14	100	$	1.491.350,91
may-93	31	$ 181.050,00	12,14	100	$	1.541.062,60
jun-93	30	$ 181.050,00	12,14	100	$	1.491.350,91
jul-93	31	$ 181.050,00	12,14	100	$	1.541.062,60
ago-93	31	$ 181.050,00	12,14	100	$	1.541.062,60

sep-93	30	$ 181.050,00	12,14	100	$	1.491.350,91
oct-93	31	$ 181.050,00	12,14	100	$	1.541.062,60
nov-93	30	$ 181.050,00	12,14	100	$	1.491.350,91
dic-93	1	$ 181.050,00	12,14	100	$	49.711,70
feb-94	1	$ 211.741,00	14,89	100	$	47.401,16
mar-94	31	$ 211.741,00	14,89	100	$	1.469.436,09
abr-94	30	$ 211.741,00	14,89	100	$	1.422.034,92
may-94	31	$ 211.741,00	14,89	100	$	1.469.436,09
jun-94	30	$ 211.741,00	14,89	100	$	1.422.034,92
jul-94	31	$ 211.741,00	14,89	100	$	1.469.436,09
ago-94	31	$ 211.741,00	14,89	100	$	1.469.436,09
sep-94	30	$ 211.741,00	14,89	100	$	1.422.034,92
oct-94	31	$ 211.741,00	14,89	100	$	1.469.436,09
nov-94	30	$ 211.741,00	14,89	100	$	1.422.034,92
dic-94	31	$ 211.741,00	14,89	100	$	1.469.436,09
feb-95	30	$ 211.741,00	18,25	100	$	1.160.224,66
mar-95	30	$ 256.972,00	18,25	100	$	1.408.065,75
may-95	30	$ 251.972,00	18,25	100	$	1.380.668,49
jun-95	30	$ 251.972,00	18,25	100	$	1.380.668,49
jul-95	30	$ 251.972,00	18,25	100	$	1.380.668,49
ago-95	30	$ 251.972,00	18,25	100	$	1.380.668,49
sep-95	30	$ 251.972,00	18,25	100	$	1.380.668,49
oct-95	30	$ 251.972,00	18,25	100	$	1.380.668,49
nov-95	30	$ 251.972,00	18,25	100	$	1.380.668,49
dic-95	30	$ 251.972,00	18,25	100	$	1.380.668,49
ene-96	30	$ 251.972,00	21,8	100	$	1.155.834,86
feb-96	30	$ 357.603,00	21,8	100	$	1.640.380,73
mar-96	30	$ 357.603,00	21,8	100	$	1.640.380,73
abr-96	30	$ 357.603,00	21,8	100	$	1.640.380,73
may-96	30	$ 357.603,00	21,8	100	$	1.640.380,73
jun-96	30	$ 357.603,00	21,8	100	$	1.640.380,73
jul-96	30	$ 357.603,00	21,8	100	$	1.640.380,73
ago-96	30	$ 357.603,00	21,8	100	$	1.640.380,73
sep-96	30	$ 357.603,00	21,8	100	$	1.640.380,73
oct-96	30	$ 357.603,00	21,8	100	$	1.640.380,73
nov-96	30	$ 357.603,00	21,8	100	$	1.640.380,73
dic-96	30	$ 357.603,00	21,8	100	$	1.640.380,73
ene-97	30	$ 357.603,00	26,52	100	$	1.348.427,60
feb-97	30	$ 600.000,00	26,52	100	$	2.262.443,44
mar-97	30	$ 600.000,00	26,52	100	$	2.262.443,44
abr-97	30	$ 600.000,00	26,52	100	$	2.262.443,44
may-97	30	$ 600.000,00	26,52	100	$	2.262.443,44
jun-97	30	$ 600.000,00	26,52	100	$	2.262.443,44
jul-97	30	$ 600.000,00	26,52	100	$	2.262.443,44

ago-97	30	$ 600.000,00	26,52	100	$	2.262.443,44
sep-97	30	$ 600.000,00	26,52	100	$	2.262.443,44
oct-97	30	$ 600.000,00	26,52	100	$	2.262.443,44
nov-97	30	$ 600.000,00	26,52	100	$	2.262.443,44
dic-97	30	$ 600.000,00	26,52	100	$	2.262.443,44
ene-98	30	$ 600.000,00	31,21	100	$	1.922.460,75
feb-98	30	$ 763.000,00	31,21	100	$	2.444.729,25
mar-98	30	$ 763.000,00	31,21	100	$	2.444.729,25
abr-98	30	$ 763.000,00	31,21	100	$	2.444.729,25
may-98	30	$ 763.000,00	31,21	100	$	2.444.729,25
jun-98	30	$ 763.000,00	31,21	100	$	2.444.729,25
jul-98	30	$ 763.000,00	31,21	100	$	2.444.729,25
ago-98	30	$ 763.000,00	31,21	100	$	2.444.729,25
sep-98	30	$ 763.000,00	31,21	100	$	2.444.729,25
oct-98	30	$ 763.000,00	31,21	100	$	2.444.729,25
nov-98	30	$ 763.000,00	31,21	100	$	2.444.729,25
dic-98	30	$ 763.000,00	31,21	100	$	2.444.729,25
ene-99	30	$ 763.000,00	36,42	100	$	2.095.002,75
feb-99	30	$ 880.000,00	36,42	100	$	2.416.254,81
mar-99	30	$ 880.000,00	36,42	100	$	2.416.254,81
abr-99	30	$ 880.000,00	36,42	100	$	2.416.254,81
may-99	30	$ 880.000,00	36,42	100	$	2.416.254,81
jun-99	30	$ 880.000,00	36,42	100	$	2.416.254,81
jul-99	30	$ 880.000,00	36,42	100	$	2.416.254,81
ago-99	30	$ 880.000,00	36,42	100	$	2.416.254,81
sep-99	30	$ 880.000,00	36,42	100	$	2.416.254,81
oct-99	30	$ 880.000,00	36,42	100	$	2.416.254,81
nov-99	30	$ 880.000,00	36,42	100	$	2.416.254,81
dic-99	30	$ 880.000,00	36,42	100	$	2.416.254,81
ene-00	30	$ 880.000,00	39,79	100	$	2.211.610,96
feb-00	30	$ 880.000,00	39,79	100	$	2.211.610,96
mar-00	30	$ 880.000,00	39,79	100	$	2.211.610,96
abr-00	30	$ 880.000,00	39,79	100	$	2.211.610,96
may-00	30	$ 880.000,00	39,79	100	$	2.211.610,96
jun-00	30	$ 880.000,00	39,79	100	$	2.211.610,96
jul-00	30	$ 880.000,00	39,79	100	$	2.211.610,96
ago-00	30	$ 880.000,00	39,79	100	$	2.211.610,96
sep-00	30	$ 880.000,00	39,79	100	$	2.211.610,96
oct-00	28	$ 880.000,00	39,79	100	$	2.064.170,23
nov-00	28	$ 880.000,00	39,79	100	$	2.064.170,23
dic-00	30	$ 880.000,00	39,79	100	$	2.211.610,96
ene-01	30	$ 880.000,00	43,27	100	$	2.033.741,62
feb-01	30	$ 950.000,00	43,27	100	$	2.195.516,52
mar-01	30	$ 950.000,00	43,27	100	$	2.195.516,52

abr-01	30	$ 950.000,00	43,27	100	$	2.195.516,52
may-01	30	$ 950.000,00	43,27	100	$	2.195.516,52
jun-01	30	$ 950.000,00	43,27	100	$	2.195.516,52
ago-01	30	$ 950.400,00	43,27	100	$	2.196.440,95
sep-01	30	$ 950.400,00	43,27	100	$	2.196.440,95
oct-01	30	$ 950.000,00	43,27	100	$	2.195.516,52
nov-01	30	$ 950.000,00	43,27	100	$	2.195.516,52
dic-01	30	$ 950.400,00	43,27	100	$	2.196.440,95
ene-02	30	$ 950.400,00	46,58	100	$	2.040.360,67
feb-02	30	$ 950.400,00	46,58	100	$	2.040.360,67
mar-02	30	$ 1.046.344,00	46,58	100	$	2.246.337,48
abr-02	30	$ 1.098.000,00	46,58	100	$	2.357.234,86
may-02	30	$ 1.098.000,00	46,58	100	$	2.357.234,86
jul-02	30	$ 1.098.000,00	46,58	100	$	2.357.234,86
ago-02	30	$ 1.098.348,00	46,58	100	$	2.357.981,97
sep-02	30	$ 1.098.348,00	46,58	100	$	2.357.981,97
oct-02	30	$ 1.098.000,00	46,58	100	$	2.357.234,86
nov-02	30	$ 1.098.348,00	46,58	100	$	2.357.981,97
dic-02	30	$ 1.098.348,00	46,58	100	$	2.357.981,97
ene-03	30	$ 1.098.348,00	49,83	100	$	2.204.190,25
feb-03	30	$ 1.098.348,00	49,83	100	$	2.204.190,25
mar-03	30	$ 1.098.000,00	49,83	100	$	2.203.491,87
abr-03	30	$ 1.098.000,00	49,83	100	$	2.203.491,87
may-03	30	$ 1.349.000,00	49,83	100	$	2.707.204,50
jun-03	30	$ 1.153.265,00	49,83	100	$	2.314.398,96
jul-03	30	$ 1.153.000,00	49,83	100	$	2.313.867,15
ago-03	30	$ 1.153.000,00	49,83	100	$	2.313.867,15
sep-03	30	$ 1.153.000,00	49,83	100	$	2.313.867,15
oct-03	30	$ 1.153.000,00	49,83	100	$	2.313.867,15
nov-03	30	$ 1.153.000,00	49,83	100	$	2.313.867,15
dic-03	30	$ 1.153.000,00	49,83	100	$	2.313.867,15
ene-04	30	$ 1.211.000,00	53,07	100	$	2.281.891,84
feb-04	30	$ 1.211.000,00	53,07	100	$	2.281.891,84
mar-04	30	$ 1.211.000,00	53,07	100	$	2.281.891,84
abr-04	30	$ 1.211.000,00	53,07	100	$	2.281.891,84
may-04	30	$ 1.211.000,00	53,07	100	$	2.281.891,84
jun-04	30	$ 1.211.000,00	53,07	100	$	2.281.891,84
jul-04	30	$ 1.211.000,00	53,07	100	$	2.281.891,84
ago-04	30	$ 1.210.929,00	53,07	100	$	2.281.758,06
sep-04	30	$ 1.210.929,00	53,07	100	$	2.281.758,06
oct-04	30	$ 1.210.929,00	53,07	100	$	2.281.758,06
dic-04	30	$ 1.210.929,00	53,07	100	$	2.281.758,06
ene-05	30	$ 1.293.628,00	55,99	100	$	2.310.462,58
feb-05	30	$ 1.293.625,00	55,99	100	$	2.310.457,22

abr-05	30	$ 2.587.250,00	55,99	100	$	4.620.914,45
jun-05	30	$ 1.293.625,00	55,99	100	$	2.310.457,22
jul-05	30	$ 1.293.625,00	55,99	100	$	2.310.457,22
ago-05	30	$ 1.293.625,00	55,99	100	$	2.310.457,22
sep-05	30	$ 1.293.625,00	55,99	100	$	2.310.457,22
oct-05	30	$ 1.293.625,00	55,99	100	$	2.310.457,22
nov-05	30	$ 1.293.625,00	55,99	100	$	2.310.457,22
dic-05	30	$ 1.293.625,00	55,99	100	$	2.310.457,00
feb-06	30	$ 1.358.306,00	58,7	100	$	2.313.980,00
mar-06	30	$ 1.358.306,00	58,7	100	$	2.313.980,00
abr-06	23	$ 1.358.306,00	58,7	100	$	1.774.051,33
may-06	30	$ 1.358.306,00	58,7	100	$	2.313.980,00
jun-06	30	$ 1.358.306,00	58,7	100	$	2.313.980,00
jul-06	30	$ 1.358.306,00	58,7	100	$	2.313.980,00
ago-06	30	$ 1.358.306,00	58,7	100	$	2.313.980,00
sep-06	30	$ 1.358.306,00	58,7	100	$	2.313.980,00
oct-06	30	$ 1.358.000,00	58,7	100	$	2.313.458,00
nov-06	30	$ 1.358.000,00	58,7	100	$	2.313.458,00
dic-06	30	$ 1.358.000,00	58,7	100	$	2.313.458,00
ene-07	30	$ 1.358.000,00	61,33	100	$	2.214.251,00
feb-07	30	$ 1.292.000,00	61,33	100	$	2.106.636,00
mar-07	30	$ 1.409.000,00	61,33	100	$	2.297.407,00
abr-07	30	$ 1.351.000,00	61,33	100	$	2.202.837,00
may-07	30	$ 1.351.000,00	61,33	100	$	2.202.837,00
jun-07	30	$ 1.351.000,00	61,33	100	$	2.202.837,00
jul-07	30	$ 1.351.000,00	61,33	100	$	2.202.837,00
ago-07	30	$ 1.351.000,00	61,33	100	$	2.202.837,00
sep-07	30	$ 1.351.000,00	61,33	100	$	2.202.837,00
oct-07	30	$ 1.351.000,00	61,33	100	$	2.202.837,00
nov-07	30	$ 1.351.000,00	61,33	100	$	2.202.837,00
dic-07	30	$ 1.351.000,00	61,33	100	$	2.202.837,00
ene-08	30	$ 1.012.000,00	64,82	100	$	1.561.247,00
feb-08	30	$ 716.000,00	64,82	100	$	1.104.597,00
mar-08	30	$ 716.000,00	64,82	100	$	1.104.597,00
abr-08	30	$ 716.000,00	64,82	100	$	1.104.597,00
may-08	30	$ 716.000,00	64,82	100	$	1.104.597,00
jun-08	30	$ 716.000,00	64,82	100	$	1.104.597,00
jul-08	30	$ 716.000,00	64,82	100	$	1.104.597,00
ago-08	30	$ 716.000,00	64,82	100	$	1.104.597,00
sep-08	30	$ 716.000,00	64,82	100	$	1.104.597,00
oct-08	30	$ 716.000,00	64,82	100	$	1.104.597,00
nov-08	30	$ 716.000,00	64,82	100	$	1.104.597,00
dic-08	30	$ 716.000,00	64,82	100	$	1.104.597,00
ene-09	30	$ 744.000,00	69,8	100	$	1.065.903,00

feb-09	30	$ 770.000,00	69,8	100	$	1.103.152,00
mar-09	30	$ 770.000,00	69,8	100	$	1.103.152,00
abr-09	30	$ 770.000,00	69,8	100	$	1.103.152,00
may-09	30	$ 770.000,00	69,8	100	$	1.103.152,00
jun-09	30	$ 770.000,00	69,8	100	$	1.103.152,00
jul-09	30	$ 914.000,00	69,8	100	$	1.309.456,00
ago-09	30	$ 914.000,00	69,8	100	$	1.309.456,00
sep-09	30	$ 914.000,00	69,8	100	$	1.309.456,00
oct-09	30	$ 914.000,00	69,8	100	$	1.309.456,00
nov-09	30	$ 914.000,00	69,8	100	$	1.309.456,00
dic-09	30	$ 914.000,00	69,8	100	$	1.309.456,00
ene-10	30	$ 930.000,00	71,2	100	$	1.306.180,00
feb-10	30	$ 1.022.000,00	71,2	100	$	1.435.393,00
mar-10	30	$ 1.000.000,00	71,2	100	$	1.404.494,00
abr-10	30	$ 1.000.000,00	71,2	100	$	1.404.494,00
may-10	30	$ 1.000.000,00	71,2	100	$	1.404.494,00
jun-10	30	$ 1.000.000,00	71,2	100	$	1.404.494,00
jul-10	30	$ 1.000.000,00	71,2	100	$	1.404.494,00
ago-10	30	$ 1.000.000,00	71,2	100	$	1.404.494,00
sep-10	30	$ 1.000.000,00	71,2	100	$	1.404.494,00
oct-10	30	$ 1.000.000,00	71,2	100	$	1.404.494,00
nov-10	30	$ 1.000.000,00	71,2	100	$	1.404.494,00
dic-10	30	$ 1.000.000,00	71,2	100	$	1.404.494,00
abr-19	30	$ 1.200.000,00	100	100	$	1.200.000,00
may-19	30	$ 1.200.000,00	100	100	$	1.200.000,00
jun-19	30	$ 1.200.000,00	100	100	$	1.200.000,00
jul-19	30	$ 1.200.000,00	100	100	$	1.200.000,00
ago-19	30	$ 1.200.000,00	100	100	$	1.200.000,00
sep-19	30	$ 1.200.000,00	100	100	$	1.200.000,00
TOTAL DÍAS	9144			IBL TODA LA VIDA		$ 1.871.611,34
TOTAL SEMANAS	1306,285714					$ 1.197.831,26

Igualmente se confirmará la condena al pago de intereses moratorios, pues el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 ordena dicho estipendio por la mora o retardo en el pago de las mesadas a los afiliados al Sistema, y si bien esta Sala ha estimado su improcedencia cuando se presenta una controversia razonable en torno al reconocimiento del derecho pensional o cuando se asigna con base en una interpretación judicial, lo cierto es que para el día de hoy la controversia que es objeto de decisión en este proceso se debe

entender definida, clara y decantada, desde antaño, por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral CUARTO de la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto definió un valor concreto por concepto de retroactivo pensional.
2. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia, en lo demás.
3. **COSTAS** a cargo de COLPENSIONES.

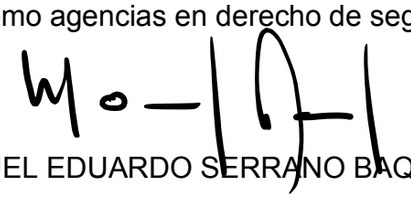
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MARTA XIMENA LEÓN DELGADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 20 de abril de 2022 por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Angélica María Cure Muñoz, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien se identifica con T.P. 369.821, para actuar como apoderada principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTA XIMENA LEÓN DELGADO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad o* ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 24 de noviembre de 1998, con fundamento en que su traslado se encontró viciado en el consentimiento por *error*, en tanto los asesores de la AFP le indicaron que tendría una mayor pensión que en el ISS y a la *edad que quisiera*, sin señalar las condiciones para el efecto, así como que podría solicitar en cualquier tiempo la devolución de sus aportes, lo cual no ocurriría en el ISS que se encontraba a punto de *quebrar* y que, por su edad, la Ley la obligaba a trasladarse a un fondo privado. Tampoco se le informó sobre el derecho de retracto. Previo a la presente acción verificó que la mesada que obtendría en el RAIS sería muy inferior a la que habría tenido derecho en el RPM. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene entienda que siempre ha permanecido afiliada a COLPENSIONES, ante la cual *podrá* solicitar el eventual reconocimiento pensional, y se ordene a la AFP el traslado de los aportes y los rendimientos generados (ver demanda en archivo 01 folios 5 a 23 y 93 a 112).

Notificada la admisión de la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto ni trasladarse durante su afiliación al RAIS, previo a encontrarse incursa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Lo solicitado contraviene el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*, *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad,*

inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica (ver contestación en archivo 01 folios 132 a 174).

También contestó la demanda, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre e informada, luego de recibir una asesoría acorde a las disposiciones legales vigentes, como lo manifestó la parte actora, quien era una persona capaz, en el formulario correspondiente, único documento exigido para la época, sin que hubiera solicitado información adicional para tomar la decisión que le resultara más conveniente, como era su deber como consumidor financiero y tratándose de un régimen contenido en la Ley. No cualquier falta de información vicia el consentimiento y la legislación no consagra la ineficacia de la afiliación. Nunca se presentó inconformidad ni se hizo uso del derecho de retracto. No se advierte pues, causal alguna de nulidad alguna y, en todo caso, se encuentra incursa en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sin que previo a ello hubiera hecho uso de la posibilidad de trasladarse de régimen. En caso de condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos ya cumplieron su cometido legalmente establecido. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción*, *prescripción 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 179 a 208).

Terminó la primera instancia con sentencia de 20 de abril de 2022, mediante la cual la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad

(RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Al tratarse de valores íntimamente ligados a la prestación pensional, no son susceptibles de prescripción.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARTA XIMENA LEÓN DELGADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTA XIMENA LEÓN DELGADO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora MARTA XIMENA LEÓN DELGADO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de PRESCRIPCIÓN, SANEAMIENTO DE LA NULIDAD ALEGADA E INEXISTENCIA DEL DERECHO PARA REGRESAR AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA formuladas por COLPENSIONES, las de PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE formuladas por*

PORVENIR. QUINTO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de $1.000.000 como agencias en derecho." (Audiencia virtual del 20 de abril de 2022 – archivo 14 Min. 55:33).

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto el traslado de la demandante se dio de manera libre, voluntaria y consciente, sin que presentara inconformidad alguna durante su afiliación, ni hiciera uso del derecho de retracto o la posibilidad de trasladarse dentro del año siguiente a la expedición de la Ley 797 de 2003 o previo a encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad pensional. En consecuencia, la actora deberá asumir las consecuencias de sus actos, en los cuales ni siquiera fueron partícipes funcionarios de dicha entidad (Audiencia virtual del 20 de abril de 2022 – archivo 14 Min. 57:49).

En recurso, PORVENIR S.A., a través de su apoderado, también pidió que se revoque la decisión, por considerar que la jurisprudencia de la corte Suprema de Justicia no se puede aplicar de manera homogénea, sino que se debe determinar para cada caso en particular. Conforme a ello, advierte que el traslado se dio de manera voluntaria y sin presiones, previa información pertinente, veraz y oportuna, y, aún en el caso de no haberse brindado tal información, ésta se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, por lo que era deber de la actora informarse como consumidora financiera. No hay lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración u otros dineros distintos a las cotizaciones, pues descontaron por disposición legal y, en todo caso, no están destinados a financiar la pensión, sino que fueron debidamente invertidos de forma que se han generado los rendimientos y se pagaron los seguros previsionales que brindaron cobertura a la afiliada durante su vinculación. En tal sentido, se debe tener en cuenta lo señalado sobre la materia por la Superintendencia Financiera, pues no hay norma que disponga

la devolución de tales rubros. Así mismo, solicita sea absuelta de la condena en costas (Audiencia virtual del 20 de abril de 2022 – archivo 14 Hora 1:00:12).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 40 años de edad y había cotizado 432,43 semanas[1]; 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 5 años, 3 meses y 10 días)[2], y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido el requisito de edad de pensión (tenía 61 años de edad – ver archivo 01 folios 26 a 28 y 90).

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 válida para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público –carpeta 05 folios 128 a 132- e historia laboral actualizada por Colpensiones –archivo 01 folios 39 a 42-.

[2] *Ibídem*.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP 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*

---

[3] 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".

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

voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliada 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, 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 la demandante. Indicó que su traslado se dio cuando laboraba en la Universidad de la Sabana en 1998, cuando llegaron unas personas a informarle que el ISS iba a quebrar y sus aportes corrían peligro y la única forma para evitarlo era trasladarse a uno de los fondos que se habían creado, que tenían respaldo de unos bancos, sumado a que tendría beneficios como pensionarse en el momento que quisiera, retirar su dinero y tener una mejor mesada pensional (Audiencia virtual del 20 de abril de 2022 – archivo 14 Min. 10:05).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 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" (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[5] este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En respuesta al recurso de PORVENIR S.A., se confirmará la condena en costas, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en archivo 01 folios 179 a 208).

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 para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas

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

2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

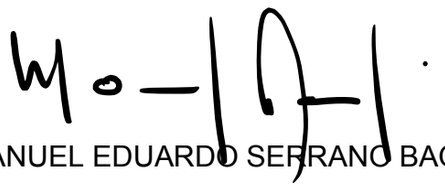
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

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 OSBALDO MENDOZA RINCÓN CONTRA CONTINAUTOS S.A.S.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

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, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia dictada por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de agosto de 2021, en la cual ABSOLVIÓ del pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo, y DECLARÓ probadas las excepciones planteadas por la demandada, excepto la de prescripción.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, OSBALDO MENDOZA RINCÓN presentó demanda contra CONTINAUTOS S.A.S., para que, previos los trámites de un proceso ordinario, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, del 26 de enero de 2016 al 1º de marzo de 2017, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador y, en consecuencia, se condene al pago de las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del

CST. Como fundamento de lo pedido afirma que suscribió contrato de trabajo a término fijo inferior a un año –por 3 meses- cumplido el cual informó que sería un vínculo a término indefinido, en el cual desempeñó el cargo de *facilitador* con un salario de $1.400.000. Para desarrollar sus funciones, el trabajador siempre empleó *controles de alarma de su propiedad*, sin objeción alguna por parte de sus superiores. Pese a ello, el 26 de febrero de 2017, al salir por haber culminado su jornada laboral, le revisaron los cajones de su moto y su maleta y encontraron los referidos controles, los cuales fueron decomisados. Al día siguiente la jefe de recursos humanos, el gerente y el jefe de seguridad, manifiesta que los controles son de la empresa, con lo que da a entender que el demandante los había hurtado, por lo que debía pasar su carta de renuncia o someterse a acciones que afectarían su vida profesional. Pese a las explicaciones del trabajador, fue objeto de *persecución*, *señalamiento* y *acoso*, por lo cual cedió y presentó renuncia a partir de la fecha -1º de marzo de 2017-. No fue objeto de descargos, y pese a habérse reconocido salarios y prestaciones, no se pagó la indemnización por despido sin justa causa (Ver demanda de folios 2 a 7 y 32 a 39).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por CONTINAUTOS S.A.S., mediante apoderado, quien se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó la existencia del vínculo laboral, aclarando que el cambio de la modalidad de término fijo a indefinido se dio mediante otrosí suscrito por las partes, y afirmó que el vínculo terminó por renuncia voluntaria del trabajador quien adujo *“motivos personales”,* y que no se adeudan salarios ni prestaciones. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación y pago, falta de causa para pedir el pago de la indemnización por despido sin justa causa*; *inexistencia de la obligación de pagar indemnización moratoria*; *buena fe*; y *prescripción* (ver contestación de folios 55 a 66).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de agosto de 2021, en la cual la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ del pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo, y DECLARÓ probadas las excepciones planteadas por la demandada, excepto la de prescripción. Para tomar la decisión, advirtió que no se probó el despido sino la renuncia del actor, sin que la misma se encuentre justificada, por lo que tampoco es viable entender la existencia de un despido indirecto. No hay lugar al pago de indemnización moratoria, como quiera que se aceptó que los salarios y prestaciones fueron debidamente cancelados por la demandada.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda formuladas por el señor OSBALDO MENDOZA RINCÓN y absolver de las mismas a la sociedad CONTINAUTOS S.A.S, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, falta de causa para pedir, el pago de la indemnización por despido sin justa causa, inexistencia de la obligación de pagar la indemnización moratoria y buena fe propuestas por CONTINAUTOS S.A.S. TERCERO: CONDENAR en costas al demandante. Tásense incluyéndose como agencias en derecho la suma de $1.000.000, en favor de la parte demandada."* (Audiencia virtual del 30 de agosto de 2021 – CD 4 Min. 19:24*).*

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante pide que se revoque la decisión y se acceda a sus pretensiones. Consideración que se evidenció un despido sin justa causa

por parte del empleador, conforme los argumentos aducidos en sus alegatos y en el escrito de demanda, por lo que proceden las condenas reclamadas (Audiencia virtual del 30 de agosto de 2021 – CD 4 Min. 20:07)[1].

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para le decisión que tomará la Sala: i) la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la sociedad CONTINAUTOS S.A.S., entre el 26 de enero de 2016 y el 1º de marzo de 2017; ii) que la demandada pagó la totalidad de salarios y prestaciones que se causaron durante la relación de trabajo; y, iii) que el demandante presentó carta de renuncia el 1º de marzo de 2017, la cual fue aceptada por la sociedad demandada a partir del día siguiente (folios 18 a 25, 67 a 77 y 83 a 98).

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS) si hay lugar al pago de indemnización por despido sin justa causa, y si hay lugar al pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST.

i) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO. El artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo define, en forma taxativa, los hechos o conductas de

---

[1] *"Su señoría, para interponer el recurso de apelación. No estando de acuerdo por lo resuelto por el honorable despacho, interpongo el recurso de apelación, constatándome sobre lo expuesto en mis alegatos de conclusión, y consecuentemente con lo que se solicita dentro del escrito de demanda, en virtud de que el contrato de trabajo, pues, a término indefinido terminó sin justa causa imputable al empleador. En ese orden, pues, la demandada deberá ser condenada a los emolumentos expuestos en el escrito de demanda y lo que ultra y extra petita se probó en el trámite del proceso. Ese sería, su señoría, mi recurso de apelación, manifestando, pues, desde ya, que en el momento que se corra traslado para el sustento del mismo recurso ya los presentaré ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral. Muchas gracias, señoría."*.

alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización. Dispone además la norma, que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación, los *hechos* o *conductas* concretos que son motivo de su decisión, y que no puede alegar con posterioridad causas distintas.

Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa de la parte a la que se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan expuesto en la carta de despido o de renuncia se podrán ejercer tales derechos en el proceso judicial.

Con este fundamento normativo y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió del pago de indemnización por despido a la demandada, pues el demandante no demostró –como era su deber procesal[2]- que el contrato hubiera terminado por una decisión unilateral del empleador ni expuso en la carta de renuncia hechos o. conductas de la sociedad demandada que se pudieran calificar como un incumplimiento del contrato de trabajo.

En el plenario obra carta de renuncia suscrita por el demandante, en la que aduce que la terminación de da por *"motivos personales"* (folio 74), y si bien en el escrito de demanda y en el interrogatorio de parte (Audiencia virtual del 16 de junio de 2021 – CD 2 Min. 18:07), manifestó que fue *presionado* para el

[2] Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2805-2020 Rad. 76988 M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN: *"al ser una carga del trabajador demostrar el despido, en todo caso no se abriría paso el reconocimiento de la sanción deprecada"*.

efecto por la jefe de recursos humanos, el gerente y el jefe de seguridad, dicha circunstancia no fue demostrada en el presente trámite.

No resulta útil para el efecto el testimonio de HARVEY ABDUL MOLINA ROJAS (Audiencia virtual del 6 de julio de 2021 - CD 3 Min. 10:25), excompañero de trabajo del actor, pues únicamente pudo presenciar cuando el demandante ingresó a la oficina del gerente por el problema de unos controles que encontraron al requisarlo a la salida de su turno, pero no presenció la reunión ni pudo evidenciar que se le hubiese exigido renunciar so pena perjudicar su hoja de vida, así como tampoco supo si se le permitió justificar la tenencia de dichos elementos. Tampoco pudo acceder al documento mediante el cual se habría dado por terminada la relación laboral. Todo lo que manifestó en torno al presunto despido, lo conoce *de oídas* o simplemente lo *deduce* de sus experiencias previas con otros compañeros de trabajo, por lo que tales afirmaciones carecen de valor probatorio en el presente asunto.

En contra de lo afirmado por el demandante, la testigo MARÍA CECILIA LEAL TORRES (Audiencia virtual del 16 de junio de 2021 – CD 2 Min. 42:26), gerente de recursos humanos, manifestó haber estado presente en la reunión con el actor luego de que se encontraron en sus pertenencias unos controles y se le permitió demostrar que eran de su propiedad, pero, en lugar de ello, el demandante presentó renuncia en la que adujo *motivos personales*, sin que se le hubiera exigido o se le hubiera amenazado con despedirlo, ni mucho menos se hubiera abierto un proceso disciplinario en su contra.

ii) SANCIÓN MORATORIA. Para resolver sobre la segunda pretensión del recurso de apelación, El artículo 65 del CST impone el pago de un día de

salario por cada día de retardo en el pago completo de los *"salarios y prestaciones debidos"* al trabajador *"a la terminación del contrato"*.

Con este fundamento normativo y revisado el expediente, se confirmará igualmente la decisión que negó el pago de sanción moratoria, pues, como se dijo al inicio de esta sentencia, no fue objeto de controversia que la demandada pago la totalidad de salarios y prestaciones sociales que se causaron durante la relación laboral. Incluso desde el libelo inicial, el extremo demandante así lo afirmó, pues, dijo, únicamente se le adeudaba la indemnización por despido sin justa causa[3]. Lo mismo fue confesado en interrogatorio de parte al actor (Audiencia virtual del 16 de junio de 2021 – CD 2 Min. 18:07)[4].

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

[3] Ver demanda de folios 2 a 7 y 32 a 39 – Hecho *"DECIMO (sic) – SEGUNDO"*.

[4] Ver artículo 191 del CGP.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CIEN MIL PESOS ($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 PEDRO ALBERTO CARVAJAL SANDOVAL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR Y PROTECCIÓN.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 18 de enero de 2022 por el Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase al doctor NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ, portador de la T.P. 302.039, para actuar como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido por la Representante Legal de la sociedad CAL & NALF ABOGADOS S.A.S (ver archivo No. 010 del expediente digital, trámite de segunda instancia).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, PEDRO ALBERTO CARVAJAL SANDOVAL presentó demanda contra las SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN y su consecuente traslado a PORVENIR, por la inobservancia del deber de información en cabeza de esas administradoras, en tanto no brindaron una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional. En consecuencia pide que se condene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; además se ordene a esta última activar su afiliación en el régimen de prima media y recibir la totalidad de recursos trasladados del RAIS (ver demanda archivo No. 1 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. contestó la demanda a través de apoderado judicial, quien se opuso al éxito de las aspiraciones del libelo introductorio, por cuanto la afiliación del demandante a ese fondo en el año 2010 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado sobre el funcionamiento del RAIS y las condiciones pensionales, tal como se desprende del formulario de afiliación, documento público en el que se plasmó la declaración a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y que se presume auténtico. Asegura que garantizó el derecho de retracto y la posibilidad del traslado. Sostiene que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad susceptible de saneamiento mediante ratificación y que no procede la ineficacia a que refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, porque esta opera respecto de actos que impidan atenten contra

el derecho de afiliación, conductas que no se alegan ni acreditan en el caso de autos. Recuerda que el traslado de régimen se efectuó con la afiliación a PROTECCIÓN en el año 2006, que el actor no cuenta con régimen de transición, que para la fecha de traslado no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones siendo la única exigencia aquella de firmar el formulario de afiliación. Asevera que la parte demandante no indica argumentos jurídicos que validen su pretensión de declaración de ineficacia del traslado, que el consentimiento fue informado y que sus condiciones personales al momento de la afiliación le permitieron tomar una decisión libre e informada. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (ver contestación archivo No. 5 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones que afectarían a la entidad, por cuanto en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se hubiere incurrido en una falta del deber de información por parte de la AFP o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco alguna inconformidad presentada por el demandante y, por el contrario, se advierte que su decisión de trasladarse de régimen fue libre y voluntaria; además, asegura que el actor se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen toda vez que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Indica que el demandante no es beneficiario del régimen de transición ni cuenta con expectativas legítimas o derechos adquiridos en el RPM, no hizo uso del derecho de retracto dentro de los términos que indica la Ley y no cumple con las condiciones para retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo. Refiere que con los actos de relacionamiento se puede inferir que le asistía voluntad de seguir en el RAIS. Formula como excepciones de mérito las que denominó *errónea e indebida aplicación el artículo 1604 del Código Civil, Descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, inexistencia de*

causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público y la innominada (ver contestación, archivo No. 6 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte PROTECCIÓN S.A. también compareció al proceso y contestó la demanda por intermedio de apoderada judicial quien se opuso a las pretensiones del libelo por cuanto, considera, la manifestación de voluntad del actor de trasladarse a esa administradora se dio como resultado de una reflexión personal después de haber recibido información adecuada, completa, íntegra, honesta, veraz, oportuna y suficiente sobre todas las características del régimen, la forma de construir la pensión y sus diferencias respecto del régimen de prima media, por lo que contaba con los elementos necesarios para tomar una decisión consciente e informada, tal como quedó establecido en el formulario de afiliación. Asimismo, estima que nos encontramos frente a un acto válido, existente, exento de vicios del consentimiento o cualquier otra fuerza para realizarlo y por ende produce todos los efectos jurídicos. Advierte no ser posible derivar un posible engaño a partir del monto de la mesada pensional o las expectativas económicas del demandante, porque no era posible predecir la misma cuando se trasladó, aunado a que las formas de establecer la cuantía de la pensión en uno u otro régimen están previstas en la ley. Por otra parte, indica que el convocante se encuentra inmerso en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003. Refiere que las normas jurídicas que prevén el cumplimiento del deber de información no tienen aplicación retroactiva, que la afiliada no ejerció la facultad de regresar al RPM, no cumplió con sus obligaciones como consumidora financiera cuyo desconocimiento no la excusaba de su cumplimiento. Propuso como excepciones la de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; traslado de aportes a la AFP Porvenir; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro*

previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada (ver contestación archivo No. 8 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia de 18 de enero de 2022, mediante la cual el Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). 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 PROTECCIÓN no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que el actor tomó una decisión voluntaria y libre de vicios. Tampoco encontró confesión alguna de su parte en interrogatorio en ese sentido. Señaló que la acción no se encuentra prescrita porque los derechos consagrados en la sentencia guardan íntima relación con el derecho pensional.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: "*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor PEDRO ALBERTO CARVAJAL SANDOVAL identificado con cédula de ciudadanía 19.395.384 al régimen de ahorro individual con solidaridad el primero de diciembre de 2006. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permanece en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A, fondo al cual se encuentra afiliado actualmente el demandante a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo existente la cuenta de ahorro individual del demandante con sus correspondientes rendimientos los bonos pensionales el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima Así mismo se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas de seguro previsional debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES. TERCERO: DECLARAR: que COLPENSIONES bien puede obtener por las*

vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se les llegaron a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos previstos y sin la reserva dispuesta para el efecto originados en la omisión de fondo de pensiones. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de PORVENIR S. A efectuar los ajustes en la historia pensional del actor conforme todo lo explicado. QUINTO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A a remitir a COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexados conforme lo explicado. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. SÉPTIMO: CONDENAR: en costas a la parte demandada PORVENIR S.A y PROTECCIÓN fíjense como agencias en derecho la suma de $2.000.000 a cada una de ellas. OCTAVO: CONSÚLTESE: la presente decisión en favor de COLPENSIONES ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social" (Audiencia virtual del 18 de enero de 2022 archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 17:30).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, PORVENIR solicita se revoque la sentencia pues, en su sentir, no se puede aplicar de forma indiscriminada la jurisprudencia de la corte Suprema de Justicia e imponer deberes y obligaciones que no eran exigibles al momento del traslado, fecha para la cual bastaba con el diligenciamiento del formulario de afiliación. Además, sostiene que el demandante realizó actos de relacionamiento, como el traslado horizontal, que dan cuenta de su voluntad inequívoca de permanecer afiliado en el RAIS. De no confirmarse la ineficacia, pide que se revoque la condena a devolver los gastos de administración por tratarse de recursos cuyo descuento está autorizado por la ley y que constituyen la retribución por la administración ejercida, igualmente porque con ellos se constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES pues no están llamados a financiar la pensión y por esa misma razón, además,

son susceptibles de prescripción[1] (Audiencia virtual del 18 de enero de 2022 archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 20:15).

---

[1] "*Gracias señor juez. Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permite interponer recurso de apelación contra la totalidad de la sentencia proferida en esta instancia solicitando la respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá sala laboral que revoque la sentencia impartida con base en las siguientes consideraciones. En primer lugar no comparte respetuosamente este suscrito la posición que se adopta esa instancia contemplar la ineficacia del traslado realizado por la parte demandante manifestando como principal motivo del hecho de que mi representada y protección no trajeron al proceso pruebas adicionales al formulario afiliación que constata la información que se brinda para ese momento la parte demandante ya casi no se conoce la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ha establecido que se carga la AFP trasladar a ese el proceso que consta en esa información lo cierto es que no podemos aplicar de manera indiscriminada se presente y establecer obligaciones que legalmente no le dan exigibles a mi representada al momento en la inicial de la parte demandante ya que para ese momento si bien con la obligación de brindar la información esta información se orienta de manera verbal sin que constara obligación dejar documentación adicional al formulario de afiliación sea el único documento legalmente autorizado y exigido por la Superintendencia financiera de Colombia y que hacer un documento público auténtico cumplió con todos los requisitos que están vigentes para tener que trasladar de la vía jurídica de forma válida y efectiva más cuando dicho documento no fue objetado ni tachado por la parte demandante Así mismo se deja constancia que a través de los actos de relacionamiento que ejecutó la parte demandante durante su vinculación entre el régimen de ahorro y el régimen de ahorro individual con solidaridad y específicamente a través de los traslados horizontales que realizó entre el mismo régimen de ahorro individual la parte demandante constató su deseo de permanecer de forma inequívoca vinculada a este régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia de un lugar aclaratoria ineficacia de dicho traslado finalmente solicitarle respetuosamente al Tribunal en caso de que considere que se confirmara lo atinente a la declaratoria ineficacia del traslado realizado por la parte demandante que se revoque el numeral que impone la obligación a mí representa devolverlas gastos de administración en primer lugar porque es un concepto debidamente autorizadas descontar las administradoras de fondos de pensiones como consecuencia de la buena administración que han ejercido el saldo de la cuenta de ahorro de la parte demandante y que ya había sido materializado en incrementar el saldo de la cuenta de ahorro individual de la misma que así mismo de volver estas sumas de dinero a COLPENSIONES implicaría un enriquecimiento sin causa pues en caso de que la parte actora igualmente se permaneció al régimen de prima media lo cierto es que se le habían generado estos descuentos porque el 3% de la cotización en este régimen está destinado a financiar la Comisión de Administración pensión invalidez y de sobrevivientes que Asimismo en concepto de la Superintendencia financiera y en la ley 100 de 1993 específicamente el artículo 20 se ha establecido que cuando precisamente produce un traslado dentro del régimen de un traslado de régimen mencionar solamente se devuelven las cotizaciones junto con los rendimientos sin cada lugar a devolver sumas adicional más cuando las comisiones de administración no son un concepto que estén destinados a financiar la pensión de vejez de la parte actora y como consecuencia de ello puede hablarse de prescripción de esta sumas de dinero hacer un concepto de tracto sucesivo y que Así mismo si los efectos de la ineficacia es entender que las cosas vuelven a su estado anterior ello implicaría entender que no existió contrato afiliación entre la parte demandante y representa que como consecuencia ya no generó una administrativa y no se obtuvieron unos rendimientos sin embargo pese a instancia se aplican los efectos de la ineficacia de forma parcializada para una de las partes de la relación contractual específicamente para los fondos privados sin que se imponga la misma obligación para la parte demandante verdad que la ley es clara en establecer que cuando procede la ineficacia ambas partes están obligadas a restituciones mutuas obligación que en el presente proceso no se impone a la parte demandante en esos términos de expresar mi recurso de apelación muchas gracias"*

Por su parte COLPENSIONES pretende que se revoque la sentencia teniendo en cuenta lo indicado en la contestación respecto de la descapitalización del sistema y que se dé estricto cumplimiento al artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Igualmente pide se encuadre el precedente jurisprudencial con lo que probatoriamente se dilucidó en el proceso y la razón que motiva al actor para retornar al régimen de prima media, que no es otro que incrementar su mesada pensional[2] (Audiencia virtual del 18 de enero de 2022 archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 24:15).

PROTECCIÓN, a su turno, solicita se revoque la condena a devolver los gastos de administración y el seguro previsional, por cuanto tales deducciones

---

[2] *"Gracias señor juez interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir para solicitar a los honorables magistrados del Tribunal superior de Bogotá especialidad sala laboral que revoque en su integridad por las siguientes razones en primera medida le solicitó a los honorables magistrados que tengan en cuenta la contestación y lo que allí se expone sobre la descapitalización del sistema financiero el entendido de que mediante palabras no puedo explicar cálculos matemáticos que en la contestación si bien se encuentran expuestos respecto a lo que ha venido ocasionando los procesos de nulidad traslado en el régimen público de pensiones desde el año 2019 Por otro lado les solicitó los honorables magistrados den estricto cumplimiento del artículo dos de la ley 797 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su literal e todo es que la aquí juez de despacho ha considerado que este término de 10 años que señala la norma es un término prescriptivo o activo de derecho lo cual no es así la esencia de la norma fue creada para salvaguardarlas el principio de solidaridad del sistema público de pensiones y además para salvaguardar la fidelidad de cotizaciones de los 10 últimos años de cotización por parte de los afiliados situación que en cualquier momento en cualquier instancia no es ni perspectiva ni sentido todo es que la demanda el demandante cuando cumpla los requisitos de ley será mencionado en cualquiera de los regímenes especiales en cual se encuentra afiliado es decir este precepto legal no le extingue ni prescribe ningún derecho pensional de tal manera que él les ruego respetuosamente a los honorables magistrados de una aplicación directa este precepto cumpliendo principios constitucionales ya mencionados anteriormente Por otro lado el encuadramiento jurisprudencial que siguió como error del juez de despacho ante la postulación que hace la demandante el demandante(sic) en su demanda él le solicitó que se haga una relación entre este encuadramiento jurisprudencial y lo que probatoriamente se alcanzó a dilucidar en este proceso la principal la motivación del demandante para retornar al régimen de prestación definida es incrementar el valor de su mesada pensional lo cual no se puede reputar como una falta de la información toda vez que para la época del traslado imposible conocer cuál iba a ser el valor de la mesada pensional del demandante porque este rubro varía por diferentes razones como semanas cotizadas edad etcétera ingreso base de cotización venta de tal manera que los fondos privados pues en ese sentido no faltaron de la información que y la declaratoria ineficacia del traslado pues está afectando gravemente el régimen público de pensiones lo que otrora también estaría afectando el principio de la primacía del bien general sobre el bien particular la situación de COLPENSIONES en este tipo de procesos no ha sido analizado por la Corte Suprema de Justicia en tal sentido pues yo postuló este tema para que por medio de decisiones judiciales se proteja la estabilidad financiera y el bienestar económico del régimen de prima media con prestación definida muchas gracias"*

se efectuaron como consecuencia de una disposición legal y vigente, además que se tratan de sumas de dinero causadas y pagas durante la administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual[3] (Audiencia virtual del 18 de enero de 2022 archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 27:45).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

---

[3] *"Gracias señor juez me permito interponer recurso de apelación de manera parcial en lo que tienes que ver con las comisiones de administración y del seguro provisional y lo expongo de la siguiente manera respecto de las comisiones de administración la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante por este concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal valida asequible aplicable y vigente se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de su cuenta de ahorro individual respecto al seguro provisional se solicita que no se obligada mi representada al de volver el valor de dicho seguro pues mensualmente se le pago a una aseguradora para que en caso de que hubiera existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia esta pagara una suma adicional para que financiar a esas pensiones por esos conceptos el seguro provisional fue pagado un mes a mes al asegurado de mi representada se encuentra imposibilitada para recordárselo y enviarlo al COLPENSIONES se debe tener en cuenta que la aseguradora es un tercero de buena fe y aunado a todo lo anterior todos los dineros que reposaban en la cuenta de ahorro individual el demandante fueran trasladados en su totalidad a la AFP porvenir por lo que en mi representada no reposa ningún dinero que pueda ser trasladada dejo así recursos de apelación muchas gracias".*

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 (1 de diciembre de 2006) el demandante tenía 46 años de edad y había cotizado 917,5 semanas[4], 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 5 años 3 meses y 2 días)[5],

[4] Ver historia laboral actualizada expedida por PORVENIR S.A, archivo No. 05 del expediente digital e historia laboral válida para bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (páginas 113 y 114 archivo No. 5 del expediente digital).

[5] Historia laboral válida para bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda (ver páginas 113 y 114 de la contestación de Porvenir, archivo No. 5 del expediente digital).

y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión (le faltaba uno pues tenía 61 años de edad – ver folio 17 del archivo No. 1, y archivo No. 2 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [6] [7], según 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 providencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema Pensional al

---

[6] 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".

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí indicó que su traslado se dio con ocasión a una nueva vinculación laboral, en donde le pedían vincularse a un fondo de pensiones, por lo que procedió a suscribir el formulario de PROTECCIÓN, sin que para ello fuera asistido por un asesor de ese fondo de pensiones. Aseguró también que nunca le indicaron sobre las características del régimen al que se vinculó (Audiencia virtual del 18 de enero de 2022, récord 20:24, archivo No. 15 del expediente digital)

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

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa, así como la orden a PROTECCIÓN de trasladar lo deducido por concepto de gastos de administración y comisiones indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[8], valores que se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

COSTAS en apelación a cargo de las demandadas.

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,

---

[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".*

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

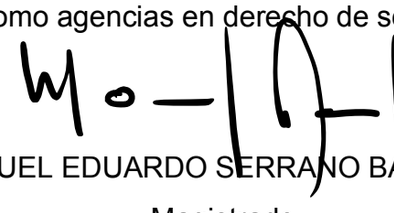
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

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 YESID FRÉDERIC CHACÓN BENAVIDES CONTRA CORPORACIÓN ESCUELA NACIONAL SINDICAL - ENS

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes, contra la sentencia dictada el 11 de agosto de 2021 por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes y se CONDENÓ al pago del auxilio de cesantías con sus intereses, primas de servicio, compensación en dinero de las vacaciones, indemnizaciones moratorias de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, y del cálculo actuarial con base en un (1) SMLMV por todo el tiempo laborado. ABSOLVIÓ del pago de la indemnización por despido sin justa causa.

ANTECEDENTES

En nombre propio, YESID FRÉDERIC CHACÓN BENAVIDES presentó demanda contra la CORPORACIÓN ESCUELA NACIONAL SINDICAL - ENS, para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término *fijo* entre el 7 de abril de 2014 y el 19 de octubre de 2015 con salario mensual de $810.477, en consecuencia, pide que se condene al pago los aportes a seguridad social en pensiones integral, el auxilio de cesantías con sus intereses, las primas de servicio, la

compensación en dinero del *descanso obligatorio*, las indemnizaciones por terminación unilateral del vínculo sin justa causa y las moratorias de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, e indexación.

Como fundamento de lo pedido afirma que se vinculó mediante contrato de *voluntariado* para laborar al servicio de la demandada desde el 7 de abril de 2014 en el cargo de *asesor* en el *"Centro de Atención Laboral"*, con horario de 9:00 am a 1:00 pm y de 2:00 pm a 6:00 pm, el cual se prorrogó por 6 meses adicionales al contrato original, del 7 de junio al 20 de diciembre de 2014, y por 12 meses más a partir de entonces, desde el 20 de enero hasta el 20 de diciembre de 2015. Sin perjuicio de ello, el 19 de octubre de 2015 la demandada lo retiró de su puesto de trabajo sin causa *justificable* ni pago de indemnización alguna. Estuvo sometido al cumplimiento de horario, revisión de actividades encomendada, tenía superiores jerárquicos y funcionales, debía cumplir manual disciplinario, asistir a capacitaciones, entregar informes y recibía elementos para desarrollar sus actividades (ver demanda de folios 2 a 18).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la CORPORACIÓN ESCUELA NACIONAL SINDICAL - ENS, a través de apoderado, quien se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que nunca hubo *intención* de las partes de celebrar un contrato de trabajo *ni verbalmente ni por escrito*, pues el vínculo fue *de voluntario*. Reconoció los extremos de la relación, pero aclaró que no se exigía horario y que el valor reconocido era un *auxilio económico* a razón de $380.000 por 80 horas de servicios al mes o proporcional, que sumados durante toda la vinculación, arrojan un promedio de $616.234 mensuales. Tampoco existieron superiores jerárquicos ni otras formas de subordinación, sin que pueda entenderse en tal sentido la solicitud de informes sobre los casos atendidos, los cuales resultaban necesarios para presentar evidencias ante los organismos de cooperación que proporcionaban financiamiento. Resaltó que el *Centro de Atención Laboral - CAL* se dedicaba a asesorar de manera *gratuita* a trabajadores y sindicatos de escasos recursos y cerró por falta de

financiamiento. Reconoció la terminación del vínculo por decisión de la junta directiva del CAL, conforme a la facultad señalada en el convenio de voluntariado, y por la presunta agresión a una compañera y consumo de licor en las instalaciones. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia del contrato de trabajo y de las obligaciones derivadas*, *cobro de lo no debido*, *temeridad*, *mala fe del demandante*, *buena fe de la demandada* e *innominada* (ver contestación de folios 146 y 154).

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de agosto de 2021, en la cual la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes y CONDENÓ al pago del auxilio de cesantías con sus intereses, primas de servicio, compensación en dinero de las vacaciones, indemnizaciones moratorias de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, y el cálculo actuarial con base en un (1) SMLMV por todo el tiempo laborado, e indexación. ABSOLVIÓ del pago de la indemnización por despido sin justa causa. Para tomar la decisión encontró demostrada la prestación de servicios del demandante al servicio de la demandada de manera subordinada, la cual se adelantó a cambio de una contraprestación, lo que descarta que se tratara de un servicio de *voluntariado*. No encontró probado el despido del actor.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR que entre el señor YESID FRÉDERIC CHACÓN BENAVIDES, quien se identifica con C.C. 1.085.277.696, y la CORPORACIÓN ESCUELA NACIONAL SINDICAL, existió un contrato a término indefinido de trabajo, cuyo extremo se dio del 7 de abril de 2014 al 19 de octubre de 2015, devengando como último salario el equivalente al SMLMV del año 2015 ($644.350). SEGUNDO: CONDENAR a la demandada CORPORACIÓN ESCUELA NACIONAL SINDICAL a pagar en favor del señor YESID FRÉDERIC CHACÓN BENAVIDES las siguientes sumas de dinero, que deberán ser indexadas al momento de hacerse el pago, que son así: Frente al auxilio de cesantías: $989.793. Intereses sobre las cesantías: $182.452. c) Prima de servicios: $989.793. d) Vacaciones: $494.897. e) indemnización*

artículo 99 Ley 50 de 1990: $5.240.713 (sic). TERCERO: CONDENAR a la demandada CORPORACIÓN ESCUELA NACIONAL SINDICAL, de NIT. 890985208, a pagar a favor del demandante, el señor YESID FRÉDERIC CHACÓN BENAVIDES, la sanción prevista en el artículo 65 del CST, desde la fecha de terminación del contrato, que data del 20 de octubre del año 2015, en el equivalente a un día de salario, la suma de $21.478, y hasta que se verifique su pago, conforme lo expuesto en la parte motiva. CUARTO: CONDENAR a la demandada CORPORACIÓN ESCUELA NACIONAL SINDICAL a pagar en favor del demandante, cotizar al sistema general de pensiones el porcentaje que corresponda de los aportes, con base en el SMLMV como ingreso base de cotización, entre el 7 de abril de 2014 al 19 de octubre de 2015, para lo cual el fondo al cual se encuentre afiliado el aquí demandante deberá realizar el cálculo actuarial, con el fin de que la demandada efectúe los pagos correspondientes, conforme al SMLMV aquí reconocido, conforme lo expuesto en la parte motiva (sic). QUINTO: ABSTENERSE de la compulsa de copias solicitada por la parte actora, por las razones ya expuestas en la parte motiva de esta sentencia. SEXTO: Las COSTAS están a cargo de la parte demandada. Se ordena que sean tasadas por la Secretaría del Despacho. SÉPTIMO: De las demás pretensiones se ABSUELVE" (Audiencia virtual del 11 de agosto de 2021 - CD 4 Min 39:41).

RECURSOS DE APELACIÓN

El demandante aduce que, contrario a lo señalado en la sentencia, obra prueba documental de su desvinculación por decisión unilateral de la demandada del *"6 de octubre"* sin que se evidencie justificación alguna distinta a la *reestructuración* allí señalada. Resaltó que el precedente jurisprudencial es vinculante, especialmente el de índole constitucional, según sentencias *C-816 de 2011* y *SU-018 de 2019*. (Audiencia virtual del 11 de agosto de 2021 - CD 4 Min 40:24)[1].

---

[1] *"Muchas gracias por el uso de la palabra, su Señoría. De manera respetuosa me permito presentar el recurso apelación parcial en los términos del artículo 65 del Decreto-Ley 2158 de 1948, debido a la omisión del medio de prueba documental con referencia 'Acta reestructuración Centro de Atención Laboral Bogotá' visible a folios número 71, 72, y 73. Lo anterior con base en los siguientes argumentos. Previa la sustentación de mi recurso, me permito relacionar, su Señoría, que de conformidad con la*

El apoderado de la demandada se opone a la totalidad de la decisión, por cuanto si bien existe una presunción, no se valoraron adecuadamente las pruebas recaudadas que dan cuenta de que en el presente caso se presentó una vinculación *por voluntariado*, regida por el actuar altruista del actor y su interés en profundizar sus conocimientos luego de haberse graduado, en la que no había ningún tipo de subordinación, pues no se exigía horario u órdenes ni se recibían llamados de atención, así como tampoco existió contraprestación, sino un mero auxilio monetario para cubrir gastos de transporte y alimentación como se hace en otros convenios como los que se tienen con diferentes instituciones educativas para las prácticas correspondientes. Eventualmente debían presentar informes, los cuales no constituían una exigencia ni generaban llamados de atención, los cuales tenían la única finalidad de dejar constancia de las labores adelantadas por el Centro de Atención Laboral ante los organismos de cooperación internacional. Tampoco se tuvo en cuenta que la demandada es una entidad sin ánimo de lucro y no recibía ningún tipo de beneficio por la acción del actor, pues se trataba de un servicio gratuito a la ciudadanía y, en todo caso, podía seguir

---

sentencia C-816 del 2011 de la H. Corte Constitucional y el precedente jurisprudencial de las altas Cortes, constituye un factor vinculante dentro del presente proceso, de la misma forma, recordando la sentencia SU-018 de 2019 de la H. Corte Constitucional, el precedente jurisprudencial de la de la H. Corte Constitucional, valga la redundancia, por estudiar el alcance y el análisis de los derechos fundamentales prevalece sobre el precedente jurisprudencial de otras corporaciones. Dicho lo anterior, el argumento por medio del cual su Señoría, absuelve a la persona jurídica ahora demandada, ESCUELA NACIONAL SINDICAL, de forma expresa señala: por falta de carga probatoria, esto es, en observancia de los artículos 164, 165,167 de la Ley 1564 de 2012, en el entendido que no existe un medio de prueba de comprobar que fui retirado de forma unilateral de mi puesto de trabajo en el cargo de asesor durante el vínculo laboral que celebre con la persona jurídica ahora demandada, reitero, de conformidad con la lectura de la documental con referencia 'Acta reestructuración Centro de Atención Laboral Bogotá" visible a folios número 71, 72, y 73, del expediente digital, puede evidenciarse que el 6 de octubre celebra una reunión entre los directivos del centro de atención laboral de Bogotá y resuelve la reestructuración del establecimiento de comercio denominado de la misma forma y, consecuencialmente, resuelve retirar a los voluntarios que se encuentran vinculados en este establecimiento de comercio, siendo la primera persona mencionada mi nombre, YESID CHACÓN BENAVIDES. Luego entonces, a partir de la documental puede evidenciarse que, por lo menos desde el 6 de octubre de 2015, existía la decisión por parte de la demandada de retirarme de mi puesto de trabajo, sin que dentro del plenario exista un argumento más allá del que se expone dentro del mismo medio de prueba, el cual es reestructuración del establecimiento de comercio. Luego entonces, el argumento de su Señoría, por una… medio del cual señala que no existe un medio de prueba que permita inferir de forma razonable que fui retirado de forma unilateral de mi puesto de trabajo, carece de sustento. Muchas gracias por el uso de la palabra, su Señoría.".

funcionando con o sin la colaboración del voluntario, quien sí se benefició de los servicios de la escuela, como las capacitaciones mediante diplomados. En caso de confirmar la existencia del vínculo laboral -afirma- se deberá absolver de la moratoria, pues no se probó su mala fe la cual no pude entenderse desde el inicio o en transcurso de la relación laboral, sino al final de la misma, pues desde el principio se excluyó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes (Audiencia virtual del 11 de agosto de 2021 - CD 4 Min 51:22)[2].

---

[2] *"Manifestando que ante la sentencia que acabo de escuchar presento recurso de apelación, frente a la misma y una apelación, pues, del total de la sentencia, partiendo de lo siguiente: Para presentar la sustentación del recurso debo referirme básicamente y de manera general a lo planteado por usted tanto en el recuento inicial como dentro de los argumentos que toma para poder dictar la sentencia se plantea inicialmente señora Juez, que el problema jurídico se centra en determinar si existe la relación laboral entre YESID, parte demandante, la CORPORACIÓN ESCUELA NACIONAL SINDICAL estableciendo que se configuran los elementos de un contrato de trabajo. Hace referencia usted a que de considerarse que existe relación laboral, pues se procederá a revisar si se adeudan o no las prestaciones reclamadas, indemnizaciones y demás que se reclaman con la demanda. Una de las cosas que refiere también usted al inicio, en el recuento de la sentencia, es que se deberá revisar si efectivamente, bajo el principio de la primacía de la realidad, en el contrato de trabajo existe una continuada subordinación. Hace énfasis en la continuada subordinación, precisamente, porque es el elemento principal a demostrar aquí. Además, no se debatió que hubo una prestación del servicio, y no una remuneración y salario, porque jamás se dijo eso la parte demandada, pero que sí hubo un auxilio económico que se le da un reconocimiento al voluntario, tomando eso como una remuneración. Entonces la continuada subordinación sería el elemento central a debatir aquí en este proceso. Otra asunto importante que refiere usted, es que dentro de las relaciones de trabajo se presume, que las relaciones son laborales y que en este caso entonces existe una ventaja probatoria para quién alegue la condición de trabajador, asumiendo que esa ventaja probatoria, entonces, la despacha usted en favor de la parte demandante en este caso; sin embargo, al parecer no tuvo en cuenta los argumentos ni pruebas presentadas por la parte demandada, y seguido ya explicarle por qué, señora Juez: Cuando usted se refiere a las pruebas que se acreditan y se practicaron dentro del proceso, entonces aclara que se acreditó la prestación de un servicio bajo un acuerdo de voluntariado, cosa que nunca fue negada por la parte demandada, tuvo un acuerdo de voluntariado. Aquí algo importante a resaltar, que usted no hizo mención en eso para fallar, claro está, pues porque la condena aquí es demasiado onerosa para la parte demandada, pero no tuvo en cuenta que la ESCUELA NACIONAL SINDICAL, es una entidad sin ánimo lucro que presta un servicio gratuito, o sea, que la ESCUELA NACIONAL SINDICAL no recibía ningún pago por los servicios que prestaba el Centro de Atención Laboral, que era una acción voluntaria, como usted ya lo refirió. También, así haciendo un recuento de las normas que regulan el voluntariado, hay algo importante que usted resaltó ahí, es que en los acuerdos de voluntariado no es posible pactar un auxilio, un pago por el voluntariado. Aquí queda claro que nunca se pactó un pago por el mismo, lo que, lo que se pactó fue un reconocimiento que siempre se dijo que era para cubrir transportes y alimentación, y es claro que estos se da en muchos otros escenarios: las prácticas estudiantiles, en los convenios que existen en diferentes instituciones educativas, unos convenios se pactan sin ningún valor de pago de auxilios o remuneración, pero hay muchos convenios que efectivamente si se pagan remuneraciones, pero no una remuneración porque sea un contrato de trabajo, sino para reconocer que debe destinar unas horas y debe destinar un transporte, y destinar unos recursos, bien sea el estudiante, el practicante o en este caso los voluntarios ,para poder acudir a un sitio físico a poder prestar el servicio para el cual se comprometió. Necesariamente esos gastos se suplen con el auxilio y en ningún caso se podría entrar a determinar que sí, que siempre tiene que tomarse cómo salario; sin embargo, estas son las consideraciones que tiene en cuenta usted, señora Juez, para entrar a determinar que hubo un aparente pago por el servicio. Hay que, también tengo que resaltar, que efectivamente aquí lo que se discute desde un principio es sí efectivamente hay una continuada subordinación o no, porque se tienen que configurar los tres elementos, y es suficiente con lo que acabo de mencionar para poder que se pueda*

entrar a determinar que hubo esa relación laboral enmarcada en el principio del contrato realidad, entonces dentro de las pruebas, además de las documentales que se aportaron al proceso aquí se hace referencia que usted los mencionó brevemente a los testigos de las partes. Es importante tener en cuenta los testimonios de las partes, porque aquí sí hay algo importante a resaltar, es que, al parecer, o al parecer no Señoría, usted no los tuvo en cuenta dentro de sus argumentos para fallar, y porque no los tuvo en cuenta, los testigos de la parte demandante Jorge Arturo Rivera Tejada, no necesariamente lo tenían que conocer su Señoría, pero el señor Jorge Arturo Rivera fue un exfuncionario de la Corporación Escuela Nacional Sindical que demando a la misma, en otro asunto laboral, y después de una sentencia de segunda instancia se le despacharon desfavorablemente las pretensiones de Jorge Arturo, es un testigo que, insisto, usted no lo tenía porque saber, pero está claro que cualquier cosa podría decir en contra de la escuela, pero no lo dijo, porque así lo quisiera ser no lo dijo, porque básicamente lo único que dijo era que tenía algunas inconformidades con los tipos de convenios, y que existía un con… contrato de voluntariado o un convenio de voluntariado, fue lo que dijo el testigo. Para acreditar la subordinación, no creo que Jorge Arturo con esto hubiera acreditado la subordinación. Bueno, y la señora Ofelia, creo que Ana Ofelia, que fue otra testigo, la señora Ana Ofelia simplemente no dijo nada, pues simplemente no dijo, lo dijo nada que estuviera que tener alguna influencia con la determinación de su señoría. En efectivamente configurar que hubo una relación laboral y hubo una subordinación. Básicamente es alguien que se acercó al centro de atención laboral, que estuvo ahí esperando que la atendieran, que la atendieron en un cubículo, y en ese cubículo podía estar Yesid, como podía estar cualquier estudiante o practicante porque no era lo único que había, eran varios, entonces la señora, simplemente no tiene conocimiento de nada es simplemente un testigo que no le sirve al proceso. Ahora bien, los testigos que presentó la parte demandada, el señor Humberto explicó cómo funcionaba el centro de atención laboral, conoce cómo era el acuerdo voluntariado y sabía que Yesid fue un voluntario de la escuela, nada más que eso. Pero aquí sí, hay una relevancia, dentro de los demás testimonios que usted no tuvo en cuenta señora Juez, porque la señora Ana María Amado, bien lo dijo usted, actuó como practicante dentro del Centro Atención Laboral, que también fue voluntaria, que ella dijo claramente que a los voluntarios no se les exigían un cumplimiento de ningún horario, que no se les hacía ningún llamado de atención. Y está claro que no se les hacía llamado la atención porque no eran trabajadores, no podían hacerlo, simplemente si no hacían bien su labor como voluntario, o si no iban, no seguían con el convenio y no había ninguna para ello. Eventualmente tenían que presentar informes, pero esos informes los presentaban solamente porque cualquier persona que ejerza cualquier labor en una entidad no la puede hacer de manera indiscriminada y no decir nada y no hacer nada, tienen que saber los coordinadores que es lo que estaba haciendo ahí, llámese practicantes, estudiantes o voluntarios, entonces, pues eso no configurar una subordinación, ni mucho menos. Adriana Guarnizo, y Angélica Guarnizo también lo manifestaron de la misma manera, entraron como estudiantes de práctica también, fueron voluntarias, decía que Adriana Guarnizo dijo que los directores organizaban con los estudiantes voluntarios según los horarios que ellos pudieran, entonces está claro que el estudiante voluntario lo que hacía, era que quería ejercer esa actividad, que son actividades altruistas, lo que hacían era que coordinaban en qué horario podían ir y en esos horarios la coordinadora los manejaba en que horarios podía atender cada estudiante, está claro que sí, algunos estudiantes tenían más horas, que quisieran hacer voluntariado y otro menos pues cada quien lo hacía. Si Yesid podía ir más horas, eso tampoco estaba, en ninguna parte se acredita que a él tuviera que exigírsele el cumplimiento del horario, que sería uno de los principales para la continuada subordinación. Entonces también manifiestan las testigos que dicen que Yesid salió por un altercado que tuvo con una compañera, porque en una actividad de la organización se encontraba en estado de embriaguez, esos testigos no fueron desacreditados por usted, su señoría, o sea que hay que partir de que el testimonio debe dársele total veracidad. Precisamente esa es una de las condiciones con las que no podía la escuela o la CORPORACIÓN ESCUELA NACIONAL SINDICAL mantener la relación con un voluntario que se comporta de esta manera, es un acto reprochable, no queda otra que simplemente no seguir con él y no es una terminación del contrato de trabajo, porque no lo hubo, simplemente es dentro de esa llamada reestructuración o simplemente con la mera decisión de la Corporación de no tener alguien con estos comportamientos no tendría por qué configurarse un despido, porque no hubo un despido, no podía simplemente seguir con el contrato. Ahora también Angélica Guarnizo también lo manifestó que los voluntarios no rendían informes, que eventualmente tenían que hacer un seguimiento de las acciones que emprendían. Ahí es claro, que si un voluntario que es un estudiante, o bien sea, un profesional por ejemplo recién graduado, pues no queda más que saber qué es lo que está haciendo, el

Centro Atención a Laboral es una entidad sin ánimo de lucro que recibe cooperación internacional y ellos tienen, tenían porque el centro laboral ya no existe, tenían que presentar unos informes de gestión, qué personas se atendían, qué se hacía con ellos, si se solucionan sus problemas o no, no quedaba otra alternativa de recibir bien sea seguimiento de los voluntarios, sin que fuera una exigencia o fueran sancionados por ello. Dicho esto, cuando la señora Juez pasa a la parte final de su argumentación, antes de dictar sentencia, básicamente lo que dice es que la Corporación Escuela Nacional Sindical utilizó como fachada el contrato de voluntariado para poder encubrir o disfrazar una relación realmente laboral, y con una constante subordinación o dependencia. La señora Juez en ninguna parte de la sentencia dijo cuál era los elementos, dónde se acreditaban la constante subordinación o dependencia. Ni siquiera hizo referencia a los argumentos que presentó la parte demandante para poder acreditar eso, pero tampoco hizo referencia a los excepciones y argumentos que presentó la parte demandada. Solamente que considera la Señora Juez que fue una constante, pero no explicó por qué, y tampoco explicó por qué no tuvo en cuenta los testimonios, usted en ninguno de los testimonios dijo que le restaba credibilidad, entonces, no lo explicó ¿por qué? Ahora bien, el eje de este recurso de apelación es dónde están, entonces, acreditados los elementos o dónde están las pruebas que determinan que efectivamente hubo esa constante subordinación y dependencia, porque la sentencia que acabo escuchar la verdad es que no aparece. Además, hace otras referencias la señora Juez, en tema a la indemnización y liquidación moratoria, pero tendré que referirme entonces, dentro del recurso, a entrar a determinar en dónde efectivamente existe la acreditación de la continuada subordinación, porque no basta con decirlo, sino que efectivamente tiene que tener un soporte y argumento para eso. Está claro que existió un contrato de voluntariado, el demandante conocía perfectamente que era un contrato de voluntariado y ahora lo que pretendió en este proceso es, de mala fe, lucrarse queriendo argumentar que hubo un contrato de trabajo, sabiendo que él desde el inicio sabía que era un contrato o un acuerdo de voluntariado. Es que él entró como practicante de la universidad, hizo primero sus prácticas, cuando hizo sus prácticas entró por un convenio, que eso tampoco quedo aquí desvirtuado, incluso la Señora Juez lo mencionó, si él entra por un convenio y hace sus prácticas, y luego quiere seguir vinculado, pero no hay puestos de trabajo, porque otra cosa a resaltar aquí es que dentro de la planta de cargos de personal de nómina de la de la Corporación Escuela Nacional Sindical ese cargo en ningún caso está creado, podía haber más o menos voluntarios y el centro atención laboral podía igual funcionar, estuviera Yesid como voluntario o estuviera cualquier otro voluntario, o estuviera cualquier otra persona con unas horas de destinación. Él quiso continuar vinculado a la Escuela Nacional Sindical, porque tuvo la oportunidad de poder seguir profundizando sus conocimientos, porque hoy se denomina abogado laboralista, es posible que sea muy buen abogado hoy día ¡claro que sí! yo no lo puedo negar, pero él quiso en ese momento seguir vinculado Escuela Nacional Sindical para profundizar sus conocimientos, y por eso aceptó el vínculo de voluntario. Ese pago que se hacía era un auxilio, un reconocimiento no era otra cosa que destinar unos recursos, insisto, que ni siquiera son de la escuela, porque es una corporación sin ánimo de lucro, son de organismos internacionales para poder reconocer esa labor, eso simplemente lo que hacía es poder tener mayor eficiencia en la atención de las personas que se atendían gratuitamente y eventualmente ampliar la cobertura, entonces, lo que hizo Yesid con esto, después de que aceptó, porque el mismo lo dijo que se vinculó con un contrato de voluntariado, es querer lucrarse de eso, dijo que fue empleado como asesor, eso en ningún caso es cierto, porque él asesor no fue, no existe este cargo en la Escuela Nacional Sindical, el contrato era simplemente una persona que quería ejercer su actividad altruista como voluntario, frente a eso no hubo discusión, pues, simplemente la señora Juez lo mencionó. Es claro que entre los requerimientos que se hacían a las personas que estaban vinculadas era un simplemente control o seguimiento, porque cualquier persona que esté vinculada tiene que hacer seguimiento y también se ha dicho, que en este tipo de casos cuando se discute efectivamente si hay una subordinación o no, pues, necesariamente tienen que entrarse a determinar que esa subordinación sea continuada, y yo no sé la Señora Juez, de dónde podría sacar que hubo una continuada subordinación, aquí hubo solamente dentro del proceso, dentro de las pruebas documentales y testimoniales que se presentaron, hubo solamente un correo electrónico en 20 meses, dónde se hace una solicitud al voluntario, la pregunta es, ¿eso es una continuada subordinación?, cómo hacemos para determinar que eso es una continuada subordinación, hubo otro correo que se aporta, en dónde se determina o se da la posibilidad al señor Yesid de participar en un diplomado, también la pregunta es, a una persona que está haciendo sus actividades de voluntario, que se le da una oportunidad adicional de que se capacite, el nombre de la escuela y pagado por la escuela, ahora entonces eso se puede configurar como una subordinación?, pues claro que no se puede configurar, al

contrario, era un beneficio adicional que prestaba la escuela a las personas que hacían su colaboración. En la cláusula segunda del servicio de voluntariado, quedó claramente expreso, o está claramente expreso que el voluntario manifiesta al director de centro atención Laboral su deseo de continuar en el cargo, cuando está hablando de continuar en el cargo, se está refriendo que él venía con una vinculación como estudiante de práctica y ahora la continuación va a ser como voluntario en ese acuerdo, ósea que, en el caso tal de que la señora Juez considere que este contrato de voluntario, o ese acuerdo que se presenta, podría incluso servir para determinar la relación laboral, entonces, aquí simplemente lo que pasaría con esto es que se acabarían los acuerdos de voluntariado, porque no podía entonces la Escuela Nacional Sindical, tener voluntarios para que después los demanden laboralmente por contrato realidad, y pagar una compensación a los mismos, y de acabarse esto también, se acabaría la oportunidad de prestar este servicio gratuito como lo hace la corporación que no cobra nada por esto a las personas, que sería, pues, muy delicado una sentencia de estas lo que provocaría es que si hay más voluntarios que estén en una situación similar a la de Yesid, pues a partir de mañana van a presentar sus demandas argumentando lo mismo, que también era un contrato realidad. Repito, Yesid sabía que estaba en un acuerdo de voluntariado, y ahora lo que pretende de mala fe es lucrase con eso. Frente a los argumentos que se presentan en general dentro de la demanda que presentó a Yesid, pues hace una referencia larga al tema del contrato realidad, pero una cosa es hacer la referencia y estudiarlo y otra cosa es que se encuentre acreditado, si claro, la señora Juez, dijo que si se presume la relación, quien entonces tiene la carga la parte demandada de probar lo contrario, y efectivamente aquí los testigos fueron muy dicientes, las pruebas documentales que se aportan son muy dicientes, si eso no es suficiente para demostrar lo contrario, entonces pues no sabría qué más pruebas podría haber, ¿qué pruebas se allegan de subordinación? un documento sin firma en el mes en que dejó de ser voluntario. Sabemos ya y lo expusimos aquí, cuáles fueron los motivos del porqué, pero no hubo esa continuada subordinación, ahora importante, pues tenerlo aquí Señora Juez, que no se configura una relación laboral, pues la demás pretensiones de condena tendrán que despacharse desfavorablemente, pero al eventual caso que los Señores Magistrados en segunda instancia consideraran que hubo una relación laboral, espero que no tenga que pasar, pues, tengo que hacer referencia, entonces señora Juez, a que no es posible según sus argumentos condenar a la sanción moratoria y ¿por qué no es posible?, usted también lo expresó, que es esencial en estos casos para poder condenar a la indemnización moratoria, que se acredite la mala fe y no se podría de ninguna manera acreditar mala fe, señora Juez, porque para su parecer la mala fe está demostrada desde que se inició esta relación de voluntariado con la parte demandante, y que el solo hecho de, según sus palabras, disfrazar un contrato con el acuerdo de voluntariado se podría considerar una mala fe. Pero hay que tener en cuenta señora Juez, que la mala fe que hay que acreditar aquí en los casos de indemnización moratoria, no es una mala fe previa a la relación laboral, o durante la relación laboral, sino que es una mala fe para evitar el pago de la liquidación de prestaciones sociales y aquí no hubo esa mala fe, porque la entidad la Escuela Nacional Sindical desde un principio manifestó que no existía un contrato de trabajo, entonces no puede haber mala fe cuando uno de entrada siempre tiene la concepción certera de que no hay contrato de trabajo, la mala fe en este tipo de casos de indemnización moratoria tendrían que darse cuando a pesar de que existiera la obligación del pago de las prestaciones sociales, la corporación o cualquier entidad o una empresa demandada se negaré a hacerlo y aquí no pasó Señora Juez, aquí solamente se determina que existe una obligación de pagar la liquidación de prestaciones sociales con una sentencia, en este caso, la indemnización moratoria aplicaría sí efectivamente después de la sentencia se demostró que hubo una relación laboral, antes como va hacer la institución para pagar una liquidación de prestaciones con la concepción de que no tiene la obligación para hacerlo, ósea que, yo no entiendo señora Juez, dónde se podría acreditar la mala fe, mala fe se puede acreditar a partir de este momento que hay una sentencia, tal vez sí que se niegue al pago, por eso estoy presentando recurso. En caso tal que los Magistrados del Tribunal consideren que efectivamente hubo un contrato de trabajo, en ningún caso se podría determinar que hubo mala fe, porque siempre aquí desde la contestación de la demanda se dijo que no existía la obligación, en este en este orden de ideas, Señora Juez, está claro que no puede haber ninguna condena si no se determina que hubo la relación laboral, entonces lo que le pediré respetuosamente a los señores Magistrados del Tribunal, es que desestimen las pretensiones que presenta la parte demandante es porque no hubo ningún elemento que pudiera determinar de manera precisa que actualmente se configuraron los tres elementos para acreditar el contrato realidad en especial, la continuada subordinación, la Señora Juez nunca se refirió a los elementos que configuraron eso, salvo pese al contrato de voluntariado, al no acceder a la pretensión primera, que es la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia ante el Tribunal, la prestación de un servicio personal del demandante como *voluntario* en las instalaciones a cargo de la accionada, entre el 7 de abril de 2014 y el 19 de octubre de 2015.

En consonancia con los recursos de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir: (i) si existió o no contrato de trabajo entre el demandante y la demandada CORPORACIÓN ESCUELA NACIONAL SINDICAL – ENS, y en dado caso, (ii) si hay lugar al pago de las indemnizaciones moratorias a cargo de la demandada, y (iii) si hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

(i) CONTRATO REALIDAD. Para resolver lo primero son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*", y disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

---

declaratoria, pues no podría acceder a ninguna pretensión de condena, en caso tal que los Magistrados del Tribunal consideren que efectivamente hubo una relación laboral, pues no podría en ningún caso condenarse a la indemnización moratoria, porque no se acreditó la mala fe y es una obligación para ello, en ese orden de ideas, pues dejo expuesto mis razones Señora Juez, del recurso apelación, solicitando al Tribunal que revoque en su totalidad la sentencia que acaba usted de dictar.".

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal*, por cuya virtud toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal en favor de otro está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*, lo que trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador.

Por ello, probada la prestación de servicios personales, opera la presunción de subordinación.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes con la consecuente condena a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, pues no existió controversia y fue apoyado por las pruebas aportadas, que el demandante prestó sus servicios personales en su favor, del 7 de abril de 2014 y el 19 de octubre de 2015, conforme a lo cual se presumen los elementos subordinación y la existencia de una contraprestación o el derecho a percibirla en ese lapso, los cuales no fueron desvirtuados por la demandada.

Se allegó al efecto el *convenio para la realización del servicio voluntario en el Centro de Atención Laboral* (folios 34, 35, 191, 192, 195 y 196), documento en el cual si bien *formalmente* se excluye la existencia de una relación laboral entre las partes (cláusula sexta), reconoce que la labor *filantrópica*, *solidaria* y de *vocación personal* (cláusulas segunda y séptima) se prestaría de manera personal -*intuitu personae*- (cláusula décima) en el Centro de Atención Laboral -administrado por la demandada- (cláusula quinta), se dispone una retribución o *auxilio económico solidario* (cláusula cuarta) el cual sería pagado *"de conformidad con el número de horas de dedicación mensual"* por la prestación del servicio, pues se encuentra atado a la cantidad de trabajo en horas que dedique el *voluntario*. Pagos que se encuentran acreditados en los extractos

bancarios allegados (folios 52 a 55, 108 a 111, 197 a 200). Adicionalmente, el referido convenio señala que el *voluntario* estará sujeto a los derechos y *deberes* contenidos en el reglamento del CAL -Centro de Atención Laboral-, el cual se encuentra contenido en el Acuerdo 01 de 2012, aprobado mediante Acta No. 05 del 20 de enero de 2012, cuyo artículo 26 señala que los *voluntarios* estarán *"sujetos a los mismos deberes y prohibiciones de los practicantes"*, contenidos en los artículos 24 y 25, respectivamente, obligaciones que implican cumplir los horarios de atención *"que se fijen por la Coordinación del CAL"*, acatar directrices de *"ajunta (sic) directiva, de la coordinación y de la secretaria técnica"*, *"Absolver correctamente las consultas"*, llevar carpeta de historia de usuarios que siempre deberá reposar *"en los archivos del CAL"*, rendir informe mensual del estado o situación de los casos para que se pueda *"calificar el desempeño"*, participar en las actividades y asistir puntualmente a las conferencias del CAL, participar en investigaciones sobre temas jurídicos, entre otras (folios 44 a 51, 80 a 87 y 205 a 2012).

Todo lo anterior, permite evidenciar que, contrario a lo señalado por la convocada a juicio, ésta contaba con poder subordinante respecto del actor, de lo cual también dan cuenta los correos electrónicos mediante los cuales se le solicita informar sobre la atención a usuarios (folios 60 a 62, 104 a 106, 233 y 235), así como la Circular 001 del *"07 de octubre"* en la que se señala que los turnos deben ser fijos y *"por ningún motivo pueden ser variables" (negrillas originales)* (folio 78), y que el servicio era remunerado lo que excluye la existencia del servicio de *voluntariado* que promueve y regula la Ley 720 de 2001 definido como aquel que presta *"toda persona natural que libre y responsablemente, sin recibir remuneración de carácter laboral, ofrece tiempo, trabajo y talento para la construcción del bien común en forma individual o colectiva, en organizaciones públicas o privadas o fuera de ellas"*.

Lo anterior, resulta concordante con el testimonio de JORGE ARTURO RIVERA TEJADA, quien fue director del CAL de Cartagena, y pudo evidenciar que los voluntarios prestaban la labor con elementos de la demandada, se encontraban a disposición de las órdenes del director, debían hacer

seguimiento y presentar informes mensuales de los casos asignados, y dice que durante sus visitas al CAL de Bogotá pudo ver al actor prestando sus servicios y la carpeta que le fue asignada en el sistema. Agregó que durante su vinculación no estuvo de acuerdo con el *auxilio* económico que se otorgaba a los *voluntarios* pues creía que daría lugar a una eventual declaratoria de un contrato de trabajo[3]. La testigo ANA OFELIA CALDERÓN CALDERÓN, en su calidad de usuaria, también evidenció la prestación del servicio del demandante en los *cubículos* destinados para el efecto en las instalaciones del CAL, así como a sujeción de éste a órdenes de *"Adriana"* quien los retiró del lugar porque tenía *"afán de irse"* y ordenó no continuar la atención a la deponente[4]. HUMBERTO DE JESÚS CANO PENAGOS, además de manifestar que la demandada administraba recursos de organismos de cooperación internacional para la prestación de servicios gratuitos a la población de trabajadores a través de estudiantes que realizaban allí sus prácticas académicas y voluntarios, como el caso del actor, reconoció que a estos últimos se les reconocía un *estímulo de manutención* debido a la *costumbre* y la alta demanda de usuarios en la ciudad de Bogotá[5].

Así mismo, la testigo ANA MARÍA AMADO CORREA, quien fue parte de la *"primera generación de voluntarios"* de la demandada, si bien se apresuró a señalar que en dicha calidad no se encontraban sujetos a órdenes ni horarios, reconoció que se asignaban turnos según disponibilidad de los *voluntarios*, pues debían atender hasta 100 personas diarias, y si bien señaló que no se debían presentar informes, luego agregó que sí debían *"subir información"* de la atención brindada a una base de datos y hacer seguimiento de los casos asignados, y reconoció que se otorgaba una *bonificación* presuntamente destinada a transporte y alimentación[6]. En el mismo sentido, ANGÉLICA MARÍA PALACIOS MARTÍNEZ, quien realizó sus prácticas y voluntariado al

[3] Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - 18 de marzo de 2019 – CD 3 Min. 33:11.

[4] Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - 18 de marzo de 2019 – CD 3 Hora 1:11:55.

[5] Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - 18 de marzo de 2019 – CD 3 Hora 1:21:12.

[6] Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - 18 de marzo de 2019 – CD 3 Hora 1:36:58.

servicio de la demandada para la misma época del actor, señaló que como voluntarios no recibían órdenes *"como tal"*, pues realizaban la misma labor desempeñada en las prácticas, en las cuales ya habían aprendido acerca de la atención y los *protocolos* para atender a los trabajadores, y agregó que no rendían informes, pero sí tenían que hacer seguimientos a los casos asignados y reportarlos junto con las acciones realizadas de manera trimestral. También señaló que los turnos eran flexibles y no quedaban anotaos, para acto seguido señalar que sí se encontraban registrados en una *"basecita"* del computador a cargo de la secretaria y, en todo caso, recibían un *auxilio* que se determinaba por el número de horas trabajadas, conforme a lo cual podían devengar entre $600.000 o $700.000 mensuales, según si tomaban más o menos turnos[7].

Finalmente, ADRIANA GUARNIZO LATORRE, quien fue asistente y luego coordinadora del CAL de Bogotá y más adelante Coordinadora Nacional, señaló en su declaración que el demandante ingresó a trabajar como voluntario en 2014 y estuvo vinculado hasta octubre de 2015, si bien señaló que no recibía órdenes, sí debía cumplir un protocolo o procedimiento para atender a los usuarios, no rendían informes, pero sí debían hacer seguimiento de las acciones de tutela adelantadas para que el CAL pudiera informar al *departamento de trabajo de los estados unidos*. Pese a ser enfática en señalar que no se imponían horarios a los *voluntarios*, sino que éstos los seleccionaban libremente, sin que siquiera quedaran anotados los mismos en parte alguna, reconoció que el *auxilio* pagado correspondía a $380.000 por 80 horas de labor, sin que dentro el mismo se relacionara un rubro específico para transporte, en el que se podía recibir más o menos de dicha cantidad, según el número de horas de servicio[8].

Si bien el representante legal de la demandada manifestó en interrogatorio de parte que no existió vínculo laboral con el actor, como lo establece el reglamento del CAL, también confesó, en los términos del artículo 191 del

[7] Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - 18 de marzo de 2019 – CD 3 Hora 2:09:23.

[8] Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - 18 de marzo de 2019 – CD 3 Hora 1:50:49.

CGP[9] que se otorgaba *"una especie de ayuda"* al demandante para cubrir los *gastos de transporte*, que en todo caso se encontraban ligados inicialmente a 80 horas de labor, y más adelante a una fracción de éstas[10].

Con todo lo anterior, resulta claro que la presunción de existencia del contrato de trabajo contenida en el artículo 24 del CST no fue desvirtuada, por el contrario, el acervo probatorio corrobora la existencia del ejercicio del poder subordinante a cargo de la demandante en cuanto el actor debía presentar informes y hacer seguimiento de los usuarios que le eran asignados, y la remuneración del servicio, sin que se pueda entender que el *auxilio* percibido fuera una ayuda para transporte y alimentación, como lo adujo la demandada, sino que constituía una verdadera remuneración por contraprestación de la labor del actor, pues se otorgaba según el número de horas trabajadas y no conforme a los eventuales gastos en que aquel pudiera incurrir. Ello impide entender que se trató de una real labor de *voluntariado*, esto es, con fines *filantrópicos*, *solidarios* y de *vocación personal*, la cual de manera expresa excluye la existencia de cualquier tipo de *remuneración de carácter laboral*.

(ii) SANCIÓN MORATORIA. Los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST imponen el pago de un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías a un fondo, y en el pago completo de los salarios y prestaciones causados en favor de sus trabajadores, respectivamente.

Si bien dichas sanciones no operan de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, dicha situación (buena fe) solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir

---

[9] *"ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. La confesión requiere:*
1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.
2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.
3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
4. Que sea expresa, consciente y libre.
5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento".

[10] Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - archivo 09 Min 13:14.

con razones válidas en el empleador de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que le hicieran imposible acudir al pago de sus obligaciones como su inclusión en procesos de liquidación empresarial. Ninguna de estas circunstancias se demostró en el expediente.

Como se dijo en el acápite anterior las pruebas detalladas no permiten colegir que la sociedad demandada actuara de buena fe, pues las circunstancias en que se desarrolló la vinculación imponían claramente la existencia de una relación de índole laboral, pese a lo cual se le dio la connotación de un *voluntariado* so pretexto de tratarse de una organización sin ánimo de lucro y de haberse vinculado al actor para prestar un servicio social gratuito para los usuarios, lo que resultaba contrario a la realidad y a las normas vigentes e inexcusable para una entidad como la demandada, cuyo objeto social es, precisamente, la asesoría en asuntos de materia laboral y sindical, pues no existen servicio de *voluntariado* que sean retribuidos por hora trabajada y subordinados laboralmente, como ocurrió con el demandante.

Así las cosas y teniendo en cuenta que la ignorancia de la Ley no exime de responsabilidad, se confirmará la sentencia de primera instancia también en este aspecto.

(iii) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO. El artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo define, en forma taxativa, los hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización. Dispone además la norma, que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación, los *hechos* o *conductas* concretos que son motivo de su decisión, y que no puede alegar con posterioridad causas distintas. Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa del trabajador a quien se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan expuesto en la carta de despido podrá ejercer tales derechos en el proceso judicial.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia, pues se encuentra plenamente demostrada terminación del vínculo por decisión unilateral del empleador y sin aducir justificación alguna.

Al respecto, se allegó Acta 005 del 6 de octubre de 2015, mediante la cual la Junta Directiva del Centro de Atención Laboral – CAL dispuso de manera *unánime* terminar el convenio suscrito con el demandante sin razón alguna (folios 66 a 68). Dicha falta de motivación fue reiterada por la demandada en la *contestación derecho de petición* del 6 de noviembre de 2015 (folios 88 a 91), y fue confesado por la demandada en interrogatorio de parte (Audiencia del 18 de marzo de 2019 – CD 3 Min. 08:11), así como en la contestación (folios 146 a 154), de conformidad a la lo dispuesto en los artículos 191 y 193 del CGP[11].

En ese orden, hay lugar al pago de la indemnización reclamada según lo dispuesto en el artículo 64 del CST, para lo cual se tendrá en cuenta que el último salario devengado promedio correspondió a $644.350, pues así fue declarado en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de apelación:

Primer año	07/04/2014	06/04/2015	30 días
Fracción segundo año	07/04/2015	19/10/2015	15,66 días
Total días			45,66 días
Salario diario			$21.478
TOTAL			**$980.685**

[11] *"ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. La confesión requiere:*
1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.
2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.
(…).
ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita".

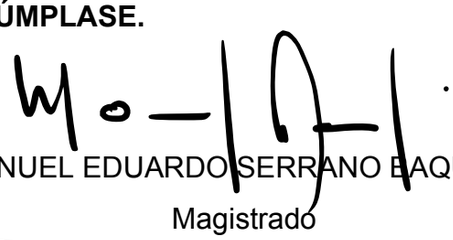
Por el resultado del recuso las costas de segunda instancia corren a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del CST en cuantía de $980.685, acorde a lo motivado.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS 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 JUAN FRANCISCO MÉNDEZ LASPRIELLA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 29 de marzo de 2022 por la Juez Dieciocho (18) 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) y que era beneficiario del régimen de transición.

Téngase a la doctora Paula Huertas Borda, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., y a Jéssica Fernanda Girón Sánchez, quienes se identifican con T.P. 369.744 y 368.140, respectivamente, para actuar como apoderadas principal y sustituta de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JUAN FRANCISCO MÉNDEZ LASPRIELLA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS efectuado en 1999, con fundamento en que su afiliación a la AFP se efectuó mediante engaños, lo que ocasionó un vicio en su consentimiento, pues le prometieron que podría pensionarse en un menor tiempo y con una mesada superior, sin indicarle los beneficios que perdía ni el régimen que le era más favorable. Como consecuencia de lo anterior, pide se tenga como vinculado a COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene a la AFP trasladar a ésta los valores por concepto de aportes, rendimientos y gastos de administración, así como pagar directamente al actor la suma de 50 *"SMVM (sic)"*, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 (ver demanda en archivo *"FOLIO 1 A 88 2019-556.pdf"* folios 3 a 25).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas con fundamento en que la afiliación de la demandante en el RAIS tiene plena validez y legalidad, pues no se probó alguna de las causales de nulidad como vicios en el consentimiento, como era su deber procesal, sin que sea dable trasladar dicha carga a las demandadas, máxime cuando para la época no existía el deber de información con las mismas formalidades que existen en la actualidad. Advirtió que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, pues es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación. Tampoco se solicitó el traslado durante su afiliación, lo que implica la aceptación tácita del mismo, ni se hizo previo a encontrarse incurso en la prohibición señalada en la ley 797 de 2003, sin que se cumplan los requisitos contenidos en la sentencia SU-062 de 2010. Lo pretendido va en contravía del principio de sostenibilidad financiera del sistema. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida*, *error de derecho no vicia el consentimiento*, *cobro de lo no debido*,

buena fe, *prescripción*, *imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas* e *innominada o genérica* (ver contestación en carpeta *"CD. FOLIO 53 2019-556"*).

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 vinculación operó de manera, libre, informada y espontánea, sin que se presentaran vicios en el consentimiento, después de haberse brindado amplia asesoría sobre las implicaciones de la afiliación y tratándose de una persona capaz. En todo caso, las características de los regímenes pensionales se encuentran estipuladas legalmente, por lo que son de conocimiento público y era su deber informarse sobre las mismas y el desconocimiento de los mismos no es causal de ineficacia, la cual no se encuentra contemplada normativamente para dicha situación. Tampoco se hizo uso del derecho de retracto ni de trasladarse al RPM previo a encontrarse incursa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, pese a las múltiples oportunidades para el efecto, sin que sea dable alegar su propia culpa en este aspecto. En caso de acceder a lo pretendido, no hay lugar a trasladar los montos descontados por gastos de administración, los cuales por disposición legal fueron debidamente descontados y cumplieron su finalidad. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción*, *prescripción de la acción de nulidad*, *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y *buena fe* (ver contestación en archivo *"CD. FOLIO 87 2019-556.pdf"* folios 1 a 34).

Terminó la primera instancia con sentencia de 29 de marzo de 2022, mediante la cual la Juez Dieciocho (18) 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) y que era beneficiario del régimen de transición. Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP no demostró haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias

entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional. Las cotizaciones se deben devolver sin descontar gastos de administración, máxime cuando se debe garantizar la sostenibilidad de COLPENSIONES, quien deberá eventualmente reconocer un derecho pensional. Finalmente, señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor JUAN FRANCISCO MÉNDEZ LASPRIELLA identificado con C.C. 3.058.220, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. suscrita el 18 de mayo de 1999 con efectividad a partir del 1 de junio de 1999, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor JUAN FRANCISCO MÉNDEZ LASPRIELLA nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JUAN FRANCISCO MÉNDEZ LASPRIELLA identificado con C.C. 3.058.220, obligatoriamente devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reactivar la afiliación del señor JUAN FRANCISCO MÉNDEZ LASPRIELLA, y*

corregir su historia laboral una vez estos dineros se reciban por parte de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. El Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas. SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en favor de la parte demandante, en la suma de $1.500.000. Sin costas para COLPENSIONES. SÉPTIMO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación." (Audiencia virtual del 29 de marzo de 2022 Hora 1:30:32).

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A. pide que se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia, dado que la vinculación fue válida y eficaz pues COLMENA proporcionó de manera verbal la información pertinente y completa, previo a la afiliación, conforme al formulario de afiliación suscrito, sin que sea dable exigir documentales distintas a las exigidas para la época. Agregó que no es dable aplicar el criterio jurisprudencial de manera irrestricta, sino según el caso concreto, sumado a que si la entidad negara la afiliación por considerar que le era más beneficioso permanecer en el RPM, iría en contravía de la libertad de afiliación señalada en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, máxime cuando no puede hablarse de un régimen superior al otro, sino con características distintas que buscan la misma finalidad, garantizar el derecho pensional de los afiliados. Finalmente, solicita se revoque la condena a devolver los gastos de administración, por considerarla contradictoria en cuanto se dispone el traslado junto con los rendimientos que dicha administración generó y también los montos de los seguros de invalidez y muerte, que dieron cobertura al actor durante su vinculación, situación que genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES (Audiencia virtual del 8 de marzo de 2022 Hora 1:32:57) .

COLPENSIONES a través de su apoderado presentó recurso para que se revoque la decisión, por considerar que en el presente asunto se evidencia que el traslado estuvo precedido de información suficiente y necesaria para que el actor considerara que era lo más viable para su futuro, máxime cuando se valora su alta formación académica que le daría el entendimiento suficiente para el efecto, como lo plasmó al suscribir el formulario correspondiente. Las variaciones en el mercado y en los ingresos del actor, no pueden ser causal de ineficacia, pues eran imprevisibles al momento del traslado y no habría podido hacer parte de proyección pensional alguna. Adicionalmente, no se trata de una persona que con la afiliación al RAIS haya perdido el régimen de transición o previo a ello hubiera cumplido alguno de los requisitos para pensionarse en el RPM, como ha ocurrido en los casos estudiados por la *Corte Constitucional*. En todo caso, correspondía a la parte actora, por afirmar el hecho, probar el vicio aducido, sin que sea dable la inversión indiscriminada de dicha carga probatoria, sin atender al caso particular. La parte actora también tenía el deber de informarse sobre su decisión, sin que sea dable alegar la ignorancia de la Ley que contiene las características de cada régimen, máxime cuando han transcurrido tantos años de vinculación y aportes. (Audiencia virtual del 8 de marzo de 2022 Hora 1:49:04).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 44 años de edad y contaba con 85,29 semanas de servicios prestados y tiempos cotizados[1], para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de

[1] Ver historia laboral actualizada ante COLPENSIONES en carpetas *"CD. FOLIO 53 2019-556"* y *"CD. FOLIO 58 2019-556".*

abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (no tenía cotización alguna)[2], y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 64 años de edad – archivo *"FOLIO 1 A 88 2019-556.pdf"* folios 38 y 39).

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

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

---

[2] *Ibídem*.

[3] 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".

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *"(…) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, 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 una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) 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, 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 en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí indicó que su traslado se dio cuando los promotores o vendedores de la AFP asistieron a su lugar de trabajo y le ofrecieron el *producto* en una reunión grupal, no hubo asesoría alguna, se limitaron a señalar que el ISS y los fondos territoriales se iban a acabar, tendría la posibilidad con el traslado de que no se perdieran algunas semanas cotizadas, tendría una pensión mayor. No tuvo oportunidad de leer el formulario de afiliación, el cual firmó antes de que fuera diligenciado por los asesores. Posteriormente se le indicó que podría trasladarse entre fondos privados, pero no volver al ISS (Audiencia virtual del 29 de marzo de 2022 Min. 27:13).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen, o los traslados al interior del mismo, y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de*

una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social" -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 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"* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[5], este porcentaje hace parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y en respuesta a los argumentos de la apelación de su apoderada, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional 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 para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

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 LUZ ELENA INFANTE GIOVANETTI 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., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 8 de marzo de 2022 por la Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella 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 a los doctores Jennifer Lorena Molina Mesa de GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., y Nicolás Eduardo Ramos Ramos, quienes se identifican con T.P. 218.951 y 365.094, para actuar como apoderados principal y sustituto de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., 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 apoderada, LUZ ELENA INFANTE GIOVANETTI presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES 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 *e inoperancia* de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 26 de noviembre de 1996, con fundamento en que fue inducida a trasladarse de régimen pensional y afiliarse a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., sin que se le hubiese brindado información suficiente sobre las características y diferencias entre ambos regímenes pensionales, el bono pensional, el monto necesario para alcanzar su derecho pensional, la distribución de sus aportes ni sobre las desventajas e implicaciones que le traería tomar esa decisión. Como consecuencia, pide tenga como afiliada en COLPENSIONES, y se ordene a la AFP trasladar a todos los aportes junto con sus rendimientos (ver demanda en archivo *"FOLIO 1 A 142.pdf"* folios 5 a 41).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas con fundamento en que la afiliación de la demandante en el RAIS tiene plena validez y legalidad, pues no se probó alguna de las causales de nulidad como vicios en el consentimiento, como era su deber procesal. Advirtió que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, pues es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación. Tampoco se solicitó el traslado durante su afiliación, lo que implica la aceptación tácita del mismo, ni se hizo previo a encontrarse incursa en la prohibición señalada en la ley 797 de 2003, sin que se cumplan los requisitos contenidos en la sentencia SU-062 de 2010. Lo pretendido va en contravía del principio de sostenibilidad financiera del sistema. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida*, *error de derecho no vicia el consentimiento*, *cobro de lo no debido*, *buena fe*, *prescripción*,

imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e *innominada o genérica* (ver contestación en carpeta *"CD. FOLIO 123"*).

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 vinculación operó en el año 2002 y fue producto de un traslado horizontal desde la AFP ING, hoy PROTECCIÓN, de manera, libre, informada y espontánea, sin que se presentaran vicios en el consentimiento, después de haberse brindado amplia asesoría sobre las implicaciones de la afiliación y tratándose de una persona capaz. En todo caso, las características de los regímenes pensionales se encuentran estipuladas legalmente, por lo que son de conocimiento público y era su deber informarse sobre las mismas. Tampoco se hizo uso del derecho de retracto ni de trasladarse al RPM previo a encontrarse incursa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. En caso de acceder a lo pretendido, no hay lugar a trasladar los montos descontados por gastos de administración, los cuales por disposición legal fueron debidamente descontados y cumplieron su finalidad. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción*, *prescripción de la acción de nulidad*, *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y *buena fe* (ver contestación en carpeta *"CD. FOLIO 128"* folios 1 a 33).

En auto del 1º de marzo de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (ver archivo *"FOLIO 1 A 142.pdf"* folios 155 a 157).

Terminó la primera instancia con sentencia de 8 de marzo de 2022, mediante la cual la Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que

PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA, no demostró haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional. La acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional.

La parte resolutiva de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora LUZ ELENA INFANTE GIOVANNETTI identificada con C.C. 32.607.269, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado inicialmente por la COLMENA, hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., suscrita el 26 de noviembre de 1996 con efectividad a partir del 1º de enero de 1997, y posteriormente con SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., suscrita el 28 de noviembre de 2001, con efectividad a partir del 1º de enero de 2002, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora LUZ ELENA INFANTE GIOVANNETTI, nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ ELENA INFANTE GIOVANNETTI identificada con C.C. 32.607.269, obligatoriamente devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información*

relevante que los justifiquen. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores con motivos de la afiliación de la señora LUZ ELENA INFANTE GIOVANNETTI identificada con C.C. 32.607.269, obligatoriamente devolver los gastos de administración, las primas de seguros las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES reactivar la afiliación de la señora LUZ ELENA INFANTE GIOVANNETTI identificada con C.C. 32.607.269, y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros del SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de PROTECCIÓN S.A. SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas. SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en favor de la parte demandante en la suma de cada una de $1.500.000. Sin costas para la demandada COLPENSIONES. OCTAVO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación." (Audiencia virtual del 8 de marzo de 2022 Hora 1:19:42).

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. pide que se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia, dado que la vinculación fue válida y eficaz pues COLMENA proporcionó de manera verbal la información pertinente y completa, previo a la afiliación, conforme al formulario de afiliación suscrito, sin que sea dable exigir documentos distintos a los exigidos para la época. También dan cuenta de ello su permanencia y traslados al interior del RAIS.

Podría predicarse que el ISS tampoco cumplió el deber de información respecto del RPM, lo que da cuenta de que se busca el traslado por mera conveniencia económica en la actualidad, lo cual no era previsible al momento de la afiliación al RAIS. Adicionalmente, solicita se revoque la condena a devolver los gastos de administración, por considerarla contradictoria en cuanto se vulneran las restituciones mutuas en cuanto se dispone el traslado de los rendimientos y también se generó cobertura por seguros de invalidez y muerte durante la vinculación. (Audiencia virtual del 8 de marzo de 2022 Hora 01:23:00) .

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. pide que se revoque parcialmente el fallo de primera instancia en cuanto condenó a la AFP a la devolución de los dineros descontados por concepto de gastos de administración y primas del seguro previsional, pues se efectuaron por disposición legal para generar rendimientos y para asegurar los riegos de sobrevivencia o invalidez, estos últimos a través un tercero de buena fe –aseguradora-, por lo que no pueden ser cobrados por la aquí demandada. Dineros que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual y, en consecuencia, van en contra del patrimonio de la AFP y constituyen una condena en perjuicios, los cuales no fueron reclamados, discutidos ni probados en el presente trámite. Adicionalmente, se generaron rendimientos financieros que superan los beneficios que habrían obtenido tales valores en el RPM, por lo que a lo sumo debería ordenarse la devolución de lo que se habría obtenido de dichos montos en este régimen pensional. La información proporcionada fue cierta y suficiente para que la parte demandante tomara la decisión de vinculación, sumado a su deber de informarse como consumidora financiera, siendo claro que únicamente desea el traslado por su conveniencia actual, la cual no era previsible al momento del traslado. (Audiencia virtual del 8 de marzo de 2022 Hora 1:32:10).

COLPENSIONES a través de su apoderado presentó recurso para que se revoque la decisión, por considerar que correspondía a la parte actora, por afirmar el hecho, probar el vicio aducido, sin que sea dable la inversión indiscriminada de dicha carga probatoria, sin atender al caso particular.

Resalta que para la época únicamente se exigía el formulario de afiliación para probar la voluntad de afiliación, por lo que no es dable exigir documentos adicionales por tratarse de una situación imposible. La parte actora también tenía el deber de informarse sobre su decisión, sin que sea dable alegar la ignorancia de la Ley que contiene las características de cada régimen, máxime cuando han transcurrido tantos años de vinculación. Esta decisión generaría un detrimento financiero en perjuicio de los demás afiliados al RPM. (Audiencia virtual del 8 de marzo de 2022 Hora 1:39:56).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (…) Desde esta 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 27 años de edad y había cotizado 79,00 semanas[1], 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, 6 meses y 6 días)[2], y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 51 años – ver archivo *"FOLIO 1 A 142.pdf"* folios 62 y 98).

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 válida para bono pensional aportada por PORVENIR S.A. – archivo *"FOLIO 1 A 142.pdf"* folios 68 a 71 y en expediente administrativo carpeta *"CD. FOLIO 123".*

[2] *Ibídem*.

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

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

[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*".

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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) 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., antes COLMENA 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 (año 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.

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. Indicó que el traslado se dio cuando unos *funcionarios* del fondo privado asistieron a la empresa en la que trabajaba y a través de una charla grupal de 30 a 45 minutos les manifestaron que el ISS se iba a acabar, pero podrían trasladarse a un fondo privado para evitar perder sus aportes que estarían en una cuenta a su nombre, sumado a que podría pensionarse de manera anticipada y con una pensión mayor, por lo cual suscribió el formulario de afiliación. Su posterior traslado a PORVENIR se dio únicamente porque le ofrecieron un mayor *rendimiento* y respaldo (Audiencia virtual del 8 de marzo de 2022 Min. 16:58).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen ni los traslados que se efectúen al interior de este. Así mismo, se advierte que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y a cargo de ésta y de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (Sentencias SL1421 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"* (SL4360 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 1993[5], este porcentaje hace parte de los gastos de administración (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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 definir la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de aquella, como quiera que al respecto se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

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

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

---

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE SANDRA AMPARO ROMERO CORREA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADOR DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 PROTECCIÓN y COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2021 por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido por la Representante Legal Suplente de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (ver alegatos presentados por Colpensiones, expediente digital trámite segunda instancia).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, SANDRA AMPARO ROMERO CORREA presentó demanda contra COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad y/o ineficacia* de su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación realizada a COLMENA hoy PROTECCIÓN en el año 1998 y sus posteriores vinculaciones al régimen de ahorro individual, con fundamento en que esa decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración, toda vez que no se le entregó información "*para convencerla que se trasladara de régimen pensional"* y por ende, no existe "*consentimiento de libertad y voluntariedad".* Como consecuencia de lo anterior, se ordene a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.- trasladar la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad, corregir y actualizar su historia laboral (ver demanda y su subsanación, folios 1 a 16 y 155 a 170 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones que afectarían a la entidad, por cuanto, en su sentir, no existe prueba dentro del expediente que demuestre que a la demandante se le haya hecho incurrir en un error por falta al deber de información o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento –error, fuerza o dolo- y, por el contrario, dice, de la documental se observa que su afiliación al RAIS fue libre, voluntaria y sin presiones. Además, asegura, en el asunto no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y tampoco procedería el traslado en los términos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Resalta que la actora no hizo uso del derecho de retracto, que a la fecha de vinculación al régimen de ahorro individual no contaba con una expectativa pensional, y que

no tiene el requisito de semanas para retornar en cualquier tiempo. Refiere no ser aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en este asunto, por cuanto no existe una situación que resulte gravosa para la afiliada, como en los casos estudiados por esa Corporación, y que la inversión de la carga de la prueba ubica a las administradoras de los diferentes regímenes en circunstancias de imposible demostración. Propuso en su defensa las excepciones de *inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas* y la innominada o genérica (folios 183 a 203 del expediente digital).

Enterada de la demanda, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS la contestó a través de apoderado judicial, oponiéndose a cada una de las pretensiones formuladas por la actora con fundamento en que la afiliación que realizó con esa sociedad no presenta vicio alguno en su consentimiento pues fue un acto voluntario que cumplió con todos los parámetros contemplados en la normatividad, precedido de la debida asesoría, según se advierte del formulario suscrito, anotando que antes de la vinculación con ese fondo, venía de estar afiliada a otra AFP, de lo cual se deduce el conocimiento que tenía sobre el funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de ese régimen. Sostiene que la Ley 100 de 1993, les impuso el deber de *simple información* de allí que no tenían la carga de dejar evidencia física o material de la ilustración dada al afiliado y que la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia rompe con los principios de confianza legítima y buena fe. Aduce estar imposibilitada para retornar los gastos de administración. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, y la genérica (folios 596 a 622).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, a través de apoderada judicial, dio también respuesta al libelo introductor. Se opuso al éxito de las aspiraciones de la demanda que involucran a esa sociedad, porque, a su juicio, nos encontramos

frente a un acto válido, existente, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo lo cual se constata con el formulario de afiliación –el cual se ajusta a las previsiones del Decreto 682 de 1994-, en el que se dejó expresa constancia que el acto se realizó de forma libre y voluntaria, negocio jurídico que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes que generó derechos y obligaciones recíprocas. Sostiene que la forma como se liquida la pensión de vejez en el RAIS no puede significar la nulidad del acto, debido a que dicha fórmula está consagrada en la Ley, no siendo razón válida para que se deje sin efectos el traslado, el valor de la mesada que le correspondería. Señala que esa AFP ofrece a sus afiliados una asesoría completa y comprensible, en los términos de las disposiciones y exigencias vigentes para la época. Indica que solo hasta la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 255 de 2010 se estableció expresamente el deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones de asesorar e informar a sus consumidores financieros sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de los regímenes pensionales y la Ley 1748 de 2014 ordenan poner a disposición de los usuarios herramientas financieras que les permitan tener mayor comprensión sobre el régimen pensional. Alega que el desconocimiento de la ley no excusa de su cumplimiento y que era deber de la demandante estudiar sobre situaciones, contratos y productos que desea adquirir. Formuló como excepciones las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, buena fe, prescripción*, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones*, *Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación y 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 (folios 646 a 667).

Por último, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, se pronunció a través de apoderado judicial y se opuso igualmente a las pretensiones. Considera que el deber de asesoría surgió solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que no le son exigibles circunstancias

sobre las que no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarla de circunstancias atribuibles a la afiliada. Indica que tiene establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales que consiste en darles todas las herramientas e información necesaria para que entiendan y transmitan la información sobre las características propias del RAIS a los posibles afiliados, por lo que es claro que informó de manera adecuada y completa a la actora con antelación a su afiliación a esa AFP tal como consta en el formulario de afiliación, documento que se ajusta a las previsiones del Decreto 692 de 1994. Añade que la accionante no hizo uso del derecho de retracto y no especificó claramente en que consistió la acción fraudulenta de esa administradora. Como excepciones de mérito planteó las *de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrador por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago*, y la genérica (ver contestación folios 709 a 721 del expediente digital)[1].

Terminó la primera instancia con sentencia del primero (1º) de diciembre de 2021, mediante la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó que COLMENA hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN hubiera brindado una información clara y suficiente con miras a que la afiliada entendiera y conociera las condiciones y características del RAIS, que permita establecer que la demandante tomó una decisión libre,

[1] Aunque por auto del 24 de junio de 2021 el *a quo* tuvo por no contestada la demanda, dicha determinación fue revocada por ese juzgado luego de declarar la nulidad de la notificación efectuada, en proveído del 10 de septiembre de 2021 en el que, además, dio por contestada la demanda por parte de COLFONDOS (folios 895 a 898 del expediente digital).

consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. Señaló que la acción no se encuentra prescrita por la relación que guarda con el derecho pensional.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora SANDRA AMPARO ROMERO CORREA identificada con la C.C. 51.835.882 al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS a través de Colmena S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. TERCERO: DECLARAR que la señora ROMERO CORREA se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida de Colpensiones, y que esa entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según lo analizado. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SKANDIA S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos en intereses, sin autorizar a descontar gasto alguno, y a devolver los gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio. QUINTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., y a PROTECCIÓN S.A., a devolver también los gastos de administración que en su momento fueron descontados de la cuenta de la demandante, debiendo estos ser trasladados también a Colpensiones. SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos a favor de la demandante y convalidarlos en la historia laboral. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas, y se dispone que por Secretaría se practique la liquidación. Se fijan por agencias en derecho a cargo de cada una la suma de $900.000 m/cte. OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES remítase el expediente a la Sala Laboral del H. Tribunal*

Superior de este distrito judicial" (Audiencia virtual del 1 de diciembre de 2021 – CD folio 1204 minuto 36:13).

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la sentencia interpusieron recurso PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

La primera, pide se revoque la condena en lo que toca a la devolución de los gastos de administración indexados por cuanto estos son descuentos efectuados por autorización legal que se realizan en ambos regímenes, de allí que se hubieren efectuado aún si estuviera afiliada al RPM, los que por ley tienen una destinación específica distinta al pago de mesadas pensionales. Además, asegura, estos se encuentran sustentados con los rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorro individual, por lo que su devolución a COLPENSIONES constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad, un desconocimiento a lo ilustrado por la Superintendencia Financiera frente a las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado y una condena en perjuicios que debe evaluarse a la luz de la responsabilidad civil y estar debidamente probados. Asegura que opera el fenómeno de la prescripción sobre este concepto[2] (Audiencia virtual del 1 de diciembre de 2021 – CD folio 1204 minuto 38:41).

---

[2] *"Gracias señor Juez por el traslado, le solicito y me permito sustentar el recurso de apelación y les solicito a los honorables Magistrados del Tribunal Superior de la ciudad de Bogotá que se revoque la sentencia que se acaba de proferir con respecto a la devolución de gastos de administración contemplados en el numeral quinto de la presente sentencia y el cual paso a sustentar con los siguientes argumentos: los gastos de administración son descuentos que autoriza la ley a través del art. 20 de la Ley 100 de 1993, así mismo como el art. 7° de la Ley 797 de 2003 y facultó a protección para que de ese 3% dedujera directamente los gastos de administración realizados a los afiliados en sus cuentas pensionales, si bien, ese descuento del 3% se utiliza para cubrir los gastos de administración opera en los dos regímenes pensionales, es decir, opera en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que en el régimen de prima media dependiendo de la periodicidad con que se realicen los aportes. Dentro del expediente obra los certificados de los rendimientos generados por la cuenta de la aquí demandante donde se acreditan sus rendimientos y posterior traslado hacia la administradora destino que actualmente se encuentra con los recursos, con esta condena de primera instancia y que ordena a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados, adicionalmente a eso ahora lo descontado por la comisión de administración, pues estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES porque está*

A su turno, COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia en razón a que en este asunto el alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación debe ser valorado bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario con el que se materializó el traslado de régimen pensional, de lo contrario, se transgreden los principios de confianza legítima y legalidad, así como el derecho al debido proceso. Refiere que la demandante acredita actos de relacionamiento de los cuales se puede colegir su intención de permanecer afiliada en el RAIS. Asegura que esa entidad ha actuado de buena fe y en consonancia con lo regulado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993[3] (Audiencia virtual del 1 de diciembre de 2021 – CD folio 1204 minuto 43:28).

---

recibiendo una comisión, que si bien ya se explicó ellos mismos la cobran no la utilizan para financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente a eso ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión de administración realizada por protección por lo que mi representada tiene derecho a conservar esa comisión como una restitución mutua a su favor y no hay razón para tenerla que trasladar a Colpensiones, justifico esto en el art. 1746 del Código Civil así mismo como la sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral radicado 31989. Igualmente, es muy importante determinar las características cuando las entidades que nos vigilan en este caso la Superintendencia Financiera de Colombia en las cuales ha determinado que cuando se defina o se declare un proceso de ineficacia se solicita se dé cumplimiento al art. 7° del Decreto 3995 de 2008 y esto es, establecer que se pueda un traslado de régimen que se le traslade la cuenta de ahorro individual o rendimientos financieros e incluso el fondo de garantías de pensión mínima el cual no fue mencionado pero es la sugerencia pero también incluso nos indica que se respete la destinación de los gastos de administración como gestión de la buena gestión de la administradora. Nótese señores Magistrados que la condena que aquí precede pues está indicando que del propio patrimonio se trasladen los gastos de administración que se cobraron por la vigencia de la presente demanda esto no es más que una, que PROTECCIÓN debe asumir de su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal y esto se podría estar o se estaría ante una condena en presencia de una condena de perjuicios que el aquí a quo acaba de ordenar contra el patrimonio de PROTECCIÓN lo cual tendría que revisarse ante la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta y en el presente proceso no fue materia de prueba ni quedo demostrado que la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba está frente a la ineficacia de la afiliación pero no lo está frente a una condena de perjuicios tal como aquí lo está haciendo el Juzgado. También es muy importante resaltar, que esa comisión de administración pues opera si le opera el fenómeno de la prescripción, toda vez que, son conceptos que se van descontando de forma periódica que impone la norma y no financia directamente la prestación económica por vejez, es decir, no van a la cuenta de ahorro individual, por lo que, son conceptos que si prescriben de conformidad con el art. 488 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el art. 151 del Código Procesal Laboral , que establece que el transcurso del tiempo de 3 años hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado, la que debe afectar todas y cada una de las reclamaciones formuladas. Muchas gracias señor Juez."

[3] *"Gracias su señoría en este estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación contra la decisión antes proferida manifestando lo siguiente: en primer lugar en el presente caso se censura que no hubo suficiente, clara, completa y oportuna información sobre el deber de información que debieron dar las administradoras de pensiones, desconociendo pues que en el presente caso ha existido pues varias etapas que han*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

---

estudiado este tipo de información y más aún en el caso del aquí demandante, en la primera etapa el Decreto 692 del 94 y el Decreto 663 del 93, una segunda etapa la Ley el Decreto 2240 del 2010 y una tercera etapa la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 de 2015, así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valorados bajo la normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, que en el presente caso si bien, existe un soporte documental físico que evidencie la asesoría que se le brindó el aquí demandante por el hecho de que el aquí demandante que se hizo el traslado se realizó en la primera etapa antes mencionada, es de resaltar pues que esta información de manera verbal no necesariamente tenía que ser escrita y soportada, pues lo que no indica que no se haya brindado una información clara, oportuna y pertinente para el momento de dicha afiliación, que por esta razón no es razonable ni jurídicamente valido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso, no consiste únicamente en una posibilidad de defensa o una oportunidad para interponer recursos, sino que exige además como lo expresa el art. 29 de la Carta Política el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga, de tal manera que el juzgamiento de los fondos con base en normas inexistentes pues no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, que sin haber participado en el traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación. De igual manera, pues en el presente caso se puede evidenciar que existen actos de razonamiento, actos de convicción que permiten colegir que el aquí demandante pues tenía la intención de permanecer afiliada al régimen de ahorro individual circunstancias que a través de la sentencia SL3752 del 15 de septiembre de 2020 Magistrado ponente Dra. Ana María Muñoz Segura, se puede constatar que la parte actora realizó actos de convicción de permanecer en el RAIS y todas sus actuaciones se dirigieron a pertenecer al mismo sin inconformidad alguna que por esta razón, pues con base en la prueba documental que existe formularios de afiliación donde las tres afiliaciones que suscribió la aquí demandante pues se puede ratificar este deseo de pertenecer a la aquí demandando. Por último H. Magistrados, es de establecer que en el presente caso se evidencia la buena fe de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, que respetando el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, respetó el derecho de libre escogencia de régimen pensional del aquí demandante, que por lo tanto lo que se encuentra materializado en el presente caso es la voluntad del aquí demandante de manera libre y voluntaria de acogerse al régimen de ahorro individual, y pues que dicha voluntad también se puede ver ratificada con los más de 15 años de afiliación del aquí demandante en este sistema. De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando al Honorable Tribunal se absuelva de la decisión antes impuesta por el Honorable Juez Diecisiete Laboral y en consecuencia se absuelva a mi representada COLPENSIONES de las condenas impuestas. Muchas gracias."

falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para 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 31

años de edad y había cotizado 474,86 semanas[4], 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 11 meses 21 días)[5], y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de diez años para adquirir la edad de pensión (tenía 54 años de edad, ver folios 89 y 148).

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 el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las

---

[4] Ver historia laboral actualizada ante COLPENSIONES – folio 402.

[5] *Ibídem*.

[6] 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".

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

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

En estas providencias, 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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener la afiliada una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues,*

se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social" (Ver 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 de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí indicó que el asesor le explicó que el ISS presentaba una situación de iliquidez, de crisis, por lo que la solución eran los fondos privados por ser sólidos, que se beneficiaba su grupo familiar, que su mesada pensional sería similar a la que otorgaba el ISS, y que tenían un respaldo internacional por lo que sus cotizaciones se mantendrían seguras. Tampoco -dijo- era consciente que con su afiliación estaba cambiando de régimen y que podía retornar al RPM (Audiencia virtual del 22 de septiembre de 2021 –folio 1097 Min. 17:00).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen o los traslados efectuados

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP SKANDIA S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa, así como la orden a PROTECCIÓN y COLFONDOS de trasladar lo deducido por concepto de gastos de administración y comisiones, garantía de pensión mínima y seguros previsionales indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[8], valores que se deben devolver *"debidamente*

[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".*

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

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

COSTAS en apelación a cargo de las recurrentes.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUZ MARINA VARGAS NOSSA CONTRA LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (VINCULADA).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 el recurso de apelación interpuesto por PROTECCION S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia dictada el 2 de febrero de 2022 por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUZ MARINA VARGAS NOSSA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* del traslado del régimen

de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., trasladar *el rendimiento de lo ahorrado* a COLPENSIONES y a esta última aceptar los aportes del RAIS y corregir su historia laboral. Como sustento de sus pretensiones indicó que en agosto de 1999 suscribió un traslado a PORVENIR para el cual nunca fue asesorada ni informada, es decir, nunca estuvo precedida de un consentimiento informado ni de una cabal asesoría por parte de los asesores comerciales, sin que exista documento que certifique la simulación pensional o las explicaciones sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes (ver demanda y su subsanación folios 59 a 65 y 71 a 79).

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

Así, PROTECCIÓN S.A. se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda que involucran a esa sociedad y, particularmente, aquellas que procuran la nulidad del traslado de la demandante porque, a su juicio, nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuera para realizarlo, tal como se desprende del formulario de afiliación suscrito por la actora, en el que se dejó constancia de su decisión libre y voluntaria, acto que tiene los efectos de un contrato y que generó obligaciones y derechos en cabeza de ambas partes. Indicó que la forma en que se liquida la pensión no torna nula la vinculación, por cuanto la fórmula para proceder a ello está consagrada en la Ley para ambos regímenes y, en esa medida, las expectativas económicas de la afiliada no pueden restarle validez al acto jurídico. En defensa de sus argumentos propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la*

prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica (ver contestación CD folio 128)

Por su parte, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones, por cuanto, en su sentir, el traslado de la demandante se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, sin que para dicha data se pudiera brindar la información certera y precisa que solicita la parte actora, por el contrario, era suficiente la expresión de su querer trasladarse a otro régimen ratificada mediante la firma del formulario de traslado y su permanencia por más de 16 años en el RAIS. De otro lado indicó que para 1999 la convocante no tenía ninguna prohibición o restricción para efectuar su traslado siendo su última oportunidad hasta el 1 de julio de 2008. Como excepciones de fondo propuso las que denominó inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada o genérica (ver contestación CD folio 134)

A su turno la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se resistió a la prosperidad de las aspiraciones del libelo genitor, con fundamento que el traslado de la accionante desde el régimen de prima media con prestación definida fue una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su determinación sobre el funcionamiento del RAIS y de expresarle las condiciones pensionales tal como se acredita con el formulario de vinculación, documento que cumple con los parámetros normativos de la época y que se presume auténtico. Aseveró que la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual se reiteró con la firma de una afiliación a COLFONDOS y su permanencia en este régimen durante más de 21 años. Sostuvo que no existen vicios del consentimiento ni se advierten causa y

objetos ilícitos. Refirió que siempre garantizó el derecho de retracto, que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición y que no indica argumentos jurídicos que validen su pretensión. En su defensa, planteó como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (Ver contestación CD folio 137).

En audiencia celebrada el 2 de agosto de 2021, el Juzgado de primer grado declaró probada la excepción previa de *falta de integración del litis consorcio necesario* propuesta por PORVENIR S.A. y, en consecuencia, vinculó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (Ver audiencia Cd folio 158).

Enterada de la demanda en debida forma COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS dio contestación a la demanda. Se opuso a cada una de las pretensiones, señalando que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, indicándole sobre las características del RAIS, su funcionamiento, las diferencias con el régimen de prima media, ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes, tal como se dejó consignado en el formulario de afiliación, razones por las cuales, considera, la solicitud de ineficacia carece de fundamento jurídico y asidero fáctico pues tampoco se acreditó algún vicio del consentimiento. Adujo que la voluntad de la afiliada se ratificó con sus más de 20 años de vinculación al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (ver contestación CD folio 199)

Terminó la primera instancia con sentencia de 2 de febrero de 2022, mediante la cual el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con

prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que las pruebas recaudadas no permitían establecer que PORVENIR, brindó información sobre el RAIS a la actora al momento de realizar el traslado, lo que evitó que la demandante contara con elementos de juicio suficientes para determinar qué resultaba más benéfico en su situación y poder expresar su voluntad de manera informada. Agregó que los posteriores traslados horizontales que realizó no ratifican o convalidan la afiliación viciada que realizó y que no hay lugar a declarar la prescripción de la acción por formar parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, el cual tiene un carácter imprescriptible.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó la demandante señora LUZ MARINA VARGAS NOSSA, identificada con la cédula de ciudadanía No.51.609.844, desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que tuvo efectividad desde el mes de agosto de 1999 por ante la AFP PORVENIR, así mismo se extiende esa ineficacia a los traslados horizontales que realizó la demandante tanto a COLFONDOS a partir de enero de 2002, como a PROTECCIÓN S.A. desde el mes de noviembre de 2010, todo fruto del incumplimiento al deber de información en el momento del traslado de régimen pensional. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP la cuenta de ahorro individual de la demandante es decir AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES, donde ha de incluir los valores que correspondan a créditos, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales y en general todas las sumas que se hayan recibido con motivo de la cotización efectuada en favor de la parte demandante. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, conforme se condenó en el numeral segundo que*

antecede, y a activar la afiliación de la actora en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual se declara es el único al que en forma valida se ha encontrado afiliada la demandante en materia pensional. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado. QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones que no fueron acogidas por este Juzgado. SEXTO CONDENAR: en costas de la instancia al extremo demandado, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de Quinientos Mil Pesos Moneda Corriente ($500.000.oo MCTE) como valor de las agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la parte demandante" (Audiencia virtual del 2 de febrero de 2022, récord 2:11:00 CD folio 276).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso PROTECCIÓN S.A. pidió se revoque la sentencia en cuanto dispuso la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, por cuanto se tratan de descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993 que operan en ambos regímenes. En ese sentido, dice, la condena constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES porque va a recibir recursos que no están llamados a financiar la pensión y que tienen que ser asumidos con recursos propios del patrimonio de la Administradora; además, algunos recursos fueron entregados a la aseguradora para mantener la cobertura de la póliza frente a los siniestros de invalidez y sobrevivencia. Asegura que frente a esos recursos opera el fenómeno prescriptivo[1] (Audiencia virtual del 2 de febrero de 2022, récord 2:14:08 CD folio 276).

---

[1] *"Gracias señor juez voy a interponer recurso de apelación parcial respecto al fallo dictado por su despacho hoy paso sustentable de la siguiente manera gracias señor respeto claro que sí con el debido respeto entonces señores magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá sustentó recurso apelación parcial respecto el numeral segundo en la providencia primera instancia de manera particular porque no procede lo resuelto por el juez en lo que tiene que ver con la devolución de las cuotas de administración y las primas de seguro previsional en atención a los siguientes documentos en primera medida la comisión de administraciones descuento autorizado por la ley 100 del 93 su artículo 20 con modificación posterior del artículo séptimo de la ley 797 del 2003 normas que de manera expresa facultan a los fondos de pensiones a realizar los descuentos del 3% sobre el 16 del aporte realizado por los afiliados a pensiones el mencionabas cuánto se utiliza para cubrir los gastos de administración y pagar las primas del seguro previsional y este descuento pues operan ambos regímenes tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual como*

obra prueba en el expediente certificado de rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante allí se muestran pues que sus aportes obtuvieron ganancias significativas frente a lo ahorrado y ellos dan cuenta pues que fueron debidamente administrados por mi representante con la condena de primera instancia que está ordenando a protección devolver los dineros de la cuenta ahorro individual de la demandante más los rendimientos financieros generados y Adicionalmente lo descontado por la Comisión de Administración se está constituyendo una enriquecimiento esto sin causa a favor de COLPENSIONES porque está recibiendo una comisión que ni siquiera está destinado a financiar la pensión de vejez de la demandante. Adicionalmente porque ya se le están trasladando las rendimientos financieros frutos de la buena gestión de administración realizada por protección lo que incluso la facultad a conservar la Comisión de Administración como restitución mutuo a su favor y hablando de las restituciones mutuas es importante precisar que viene siendo aplicada de manera analógica el contenido del artículo 1746 del Código Civil a las consecuencias de la declaratoria ineficacia en el tema laboral y de Seguridad Social y es importante mencionar pues que el artículo 1746 dispone cuáles son los efectos de la declaratoria de la nulidad y es claro pues que la aplicación de esta norma las consecuencias de la ineficacia en primera medida se hace de manera parcializada y segundo se viola completamente el principio constitucional de inescindibilidad de la ley porque es que resulta que se aplican los efectos jurídicos de la declaratoria de la nulidad en sentencia que dice que entonces el contrato jurídico no existió y por ende no nacieron ninguna de sus consecuencias legales pero se desconoce que este mismo artículo 1746 también habla de las restituciones mutuas intereses frutos y el abono de mejoras en este orden de ideas y como viene aplicándose la norma antes descrita a estos procesos si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan estado anterior en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias primero pues que contrató afiliación nunca existió que fue que claro el juez de primera instancia y por ende Protección no debe administrar los recursos de la cuenta ahorro individual pero entonces sí se aplicará de manera estricta la norma los rendimientos que produjo dicha cuenta tampoco se causaron y de ahí que no existía ese cobro de una Comisión de Administración sin embargo se insiste en que esta norma también habla las restituciones mutuas intereses, frutos y el abono de mejoras y con base en esto entonces debe entenderse y aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió este contrato se está desconociendo que el bien administrado por unos grupos y las mejoras así las cosas producto de la buena gestión de administración desarrollada por la administradora que representó que generó de la cuenta de ahorro individual de la demandante que obtuvo unos rendimientos financieros y que por ende la facultad conservar la Comisión de Administración sí efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado no menos importante es referenciar que tampoco es jurídicamente viable ni legal pretender que las administradoras de fondos de pensiones asuman de su propio patrimonio el concepto que por prima de reaseguro sea girado a un tercero porque se está desconociendo porcentaje fue sufragado a una compañía aseguradora que es un tercero que no está vinculado en este proceso que cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza en caso de que la demandante hubiese sufrido los siniestros de invalidez y sobrevivencia lo que se desconoce con estas condenas es que el giro de este seguro a un tercero se realiza por mandato legal y no por capricho de las administradoras por ende no debe ser condenada de ellas a que lo suman de su propio patrimonio cuando están cumpliendo con una obligación contractual producto de la afiliación y del aporte en pensión adicionalmente se des configura completamente la figura del contrato del seguro porque entonces se pretende recobrar lo que por concepto de suma de seguros ha girado el afiliado aun cuando no haya existido entonces la ocurrencia del siniestro. Adicionalmente y no menos importante a juicio está apoderada frente al cobro del 3% destinado a Comisión de Administración si opera el fenómeno de la prescripción primero porque es un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que le impone la ley segundo porque es que ese porcentaje no está financiando directamente la prestación económica de vejez y tercero porque lo que sea declarado como imprescriptible en los procesos de ineficacia la afiliación es el acceso a buscar la declaratoria judicial de la misma por ende los créditos y obligaciones que esta declaratoria se deriven sí gozan del fenómeno de la prescripción trienal consagran a legislación laboral y de Seguridad Social en ese sentido señores magistrados dejo sustentado este recurso solicitando de manera respetuosa se revoque de manera parcial en numeral segundo de la prudencia

PORVENIR en la alzada solicita se revoque la sentencia de primer grado por cuanto con dicha determinación se afectan los principios de confianza legítima y sostenibilidad del sistema pensional. Indica que el formulario de afiliación fue suscrito de manera voluntaria, documento que cumplió los presupuestos de la norma vigente, sin que se advierta algún vicio del consentimiento, el cual asegura ratificado con los traslados horizontales. Además, indica el fondo de pensiones suministró toda la información a la demandante quien también tenía el deber de mantenerse informada y leer las condiciones en las que se afiliaba[2] (Audiencia virtual del 2 de febrero de 2022, récord 2:21:00 CD folio 276).

---

primera instancia y no sea condenado a protección a devolverlos contado por Comisión de Administración y primas de reaseguro muchas gracias señor juez"

[2] *"Gracias apoderada de Porvenir S.A. por favor gracias señoría estando dentro de la oportunidad presentó recurso de alzada solicitando amablemente a los señores magistrados revoquen en su totalidad la decisión y el fallo emitido en primera instancia teniendo consideración lo siguiente. En primer lugar tenemos que con esta declaratoria ineficacia de traslados se encuentran afectados principios fundamentales del derecho como son la confianza legítima la sostenibilidad financiera del sistema pensional la confianza legítima dotada en la suscripción de formulario del año 1999 en el que la parte actora decide pertenecer al régimen de ahorro individual suscribe de manera voluntaria sin que se haya generado algún vicio de la libertad de escogencia de régimen pensional y aunado a ello se hayan presentado traslados de manera horizontal lo que demuestra con claridad es que la demandante pues como bien se ha manifestado quería permanecer en el régimen de prima media nunca tuvo una motivación de retorno al régimen de qué y hacer perteneciente al régimen de ahorro individual y nunca presentó alguna inconformidad o solicitud de retorno al régimen de prima media bajo estas perspectivas si bien está apoderada conocer la línea jurisprudencial más sin embargo no la comparten entendido del formulario de afiliación teniendo en cuenta que el formulario de afiliación cumple con la regla en el artículo 11 del Decreto 692 del año 1994 además de ello la misma ley 100 de 1994 exige que de 1993 exige a los fondos privados que en sus formularios de afiliación debe estar detallada esa información y además debe estar de las declaraciones de libertad e informada estas suscripciones pues se realizaron y se pueden verificarlo en formularios y estos documentos no fueron tachados por la parte actora de falsos tampoco se generó alguna oposición inconformidad o retracto esto para mi representa pues demuestra que el documento es válido existen temas sin embargo hoy se desconoce por el fallo de primera instancia afectando así esa confianza dotada y de buena fe que mi representada para el año 1999 efectuó con esta declaratoria ineficacia de traslado también se encuentran afectados esa sostenibilidad financiera se teniendo en cuenta que se está generando una ineficacia a pesar de ser que el actor a cuenta con más de 61 años de edad es decir se encuentra bajo la prohibición legal contenida en la Ley 797 del año 2003 y es que señores magistrados solicitamos amablemente que estos casos específicamente ineficacia hoy están siendo tratados casi de manera en consulta automática y esto no puede ser llevado de esta manera teniendo en cuenta que la actora en su interrogatorio de parte manifestó que la misma se encontré que tuvo una asesoría de manera pues antecedentes de suscripción de formulario además de ello conocí a ciertos criterios características del régimen de ahorro individual a lo que ella iba a generar su afiliación se le puso de presente que pasaba con los aportes cotizados al Instituto de Seguro Social se le puso de presente las modalidades o pues en su caso dado que generaba frente a la heredabilidad además de ellos fueron características que la actora que reconoció el interrogatorio de parte y que pues si bien en no necesitamos tener afiliados que conozcan a grandes rasgos o de manera profunda el sistema de signos en si lo las características ventajas desventajas información que le fue dotada a la parte actora y*

Finalmente COLPENSIONES en la apelación pide únicamente se revoque la condena en costas impuestas a su cargo, toda vez que ha actuado de buena fe[3] (Audiencia virtual del 2 de febrero de 2022, récord 2:26:45 CD folio 276).

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

---

que pudo ser corroborada pero no fue pues prevista por el fallo en primera instancia lo cual mi representada pues solicita amablemente a los señores magistrados sé de un debido estudio frente a ese interrogatorio de parte del acervo probatorio de las actuaciones adelantadas por la parte demandante teniendo que las mismas pues de demuestran con claridad que la actora quería ser perteneciente del régimen de ahorro individual bajo estas perspectivas su señoría tan señores magistrados también. Cabe señalar que la demandante contaba con unos deberes como son el deber de leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación así como diligenciar y firmar los mismos este en cierta manera fue una falta al deber de diligencia del actor a teniendo en cuenta que si bien suscribió un formulario más sin embargo no lo leyó detenidamente no lo leyó y pues esto no puede ser tampoco he olvidado y desconocido por los señores magistrados en este entendido señores magistrados solicitamos se revoquen su totalidad la sentencia de primera instancia conforme a pues a lo anteriormente mencionado se creó una cuenta de ahorro la cual fue debidamente administrada por mi representada se generaron en una el debido cumplimiento de la administración también por parte de porvenir y pues se demuestra con claridad que mi representada sí cumple a cabalidad con cada una de sus obligaciones y por ende pues deberá revocarse y solicitarse amablemente a los señores magistrados revocarla teniendo en cuenta que no se comprueba la causal de ineficacia que haya adolecido esa voluntad de ejercicio de régimen de escogencia de régimen pensional en estas perspectivas te solicitamos a su vez la absolución o la revocatoria de la condena en costas interpuesta en primera instancia de sustentado el recurso de apelación muchas gracias su señoría"

[3] *"Gracias su señoría me permito sus, me permitió interponer recurso de apelación parcial el cual me dispongo a sustentar el solicitando a los honorables magistrados revocar la condena en costas a mi representada puesto que ha actuado de buena fe pues debe tenerse en cuenta el artículo 365 del código general del proceso igualmente el artículo 145 el artículo 40 de la ley 153 de 1887 y la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia eh pues en tanto que mi representada actuado conforme a los a los mandatos legales y constitucionales y pues actuado conforme a la normatividad vigente razón por la cual pues le solicitó al honorable magistrado revocar la condena en costas en contra de convenciones 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 Privado de Pensiones la demandante

tenía 34 años de edad y había laborado por 788,43 semanas[4], para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de servicios (tenía 10 años, 8 mes y 29 días)[5], y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver folios 2 y 66).

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 el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las

---

[4] Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, folios 58 a 61 Contestación Protección.

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

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

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *"(…) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias*». Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado 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) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen*

igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social" (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no 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. Allí indicó que al momento de su traslado le indicaron que su pensión sería más favorable, más alta y que podría pedir sus ahorros, sin hacer precisiones o indicar cómo accedería anticipadamente a la pensión. (Audiencia virtual del 2 de febrero de 2020, récord 49:01 CD folio 276).

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 en dicho régimen, y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de*

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[8], los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

---

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

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

Finalmente, se confirmará la condena en costas a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación Cd folio 134).

COSTAS de segunda instancia a cargo de PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MÓNICA TORRES ROMERO CONTRA UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA - UNINCCA

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 presentados por ambas partes, contra la sentencia dictada por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de noviembre de 2021. En ella, DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes y CONDENÓ al pago de salarios, cesantías y sus intereses, vacaciones, indemnización moratoria por no pago de acreencias al terminar el vínculo, aportes a seguridad social en pensiones y costas.

Téngase al doctor Juan Sebastián Arévalo Buitrago, quien se identifica con T.P. 275.091, como apoderado general de la demandada, en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MÓNICA TORRES ROMERO presentó demanda contra la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA - UNINCCA para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo el cual culminó por *cumplimiento*, y se condene a la demandada a pagar salarios, primas de servicios, auxilio de

cesantías, intereses sobre las cesantías, compensación en dinero de las vacaciones e indemnizaciones moratoria por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo y por *incumplimiento del contrato de trabajo a término fijo sin justa causa*, así como los aportes a seguridad social en salud, pensiones, riesgos laborales y caja de compensación familiar, e intereses moratorios sobre *las obligaciones*. Como fundamento de lo pedido afirma que entre las partes se celebró un contrato de trabajo de término fijo para el cargo de *profesional adscrita – oficina jurídica*, con un salario de $2.500.000 mensuales desde el 24 de mayo hasta el 21 de diciembre de 2018, fecha en que la actora no aceptó la renovación por falta de pago de salarios y demás acreencias. Durante el vínculo recibió únicamente los salarios de mayo a octubre de 2018, los cuales se efectuaron de manera tardía, los pagos a seguridad social y caja de compensación sólo se realizaron de mayo a julio de la misma anualidad, y no recibió pago alguno de prestaciones sociales ni vacaciones (ver demanda en archivos 01, 09 y 10).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA - UNINCCA, mediante apoderada. Se opuso únicamente a las pretensiones encaminadas al pago de las indemnizaciones *por despido indirecto* y moratoria por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo, intereses y costas. Afirma que sin bien se presentan a la fecha deudas a título de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, ello obedece a que la institución está atravesando una fuerte crisis financiera desde el año 2015, la cual empeoró en el año 2018, durante el cual estuvo vinculada la actora, y que ha llevado a la intervención del Ministerio de Educación Nacional, que adoptó una medida de *inspección y vigilancia* mediante Resolución No. 003503 del 2 de abril de 2019. Resaltó que, en todo caso, se encuentra adelantando un proceso de *auditoría* de las obligaciones laborales de más de 750 trabajadores activos y retirados, conforme a lo cual se asignarán citas para llegar a un acuerdo de pago. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*, *fuerza mayor*, *buena fe*, *genérica*, *enriquecimiento sin causa*, *pago y compensación*, *prescripción*, *imposibilidad*

de acogerse a un proceso de reorganización o liquidación judicial (archivo 14 folios 1 a 77).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de noviembre de 2021, en la cual el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes y CONDENÓ al pago de salarios, cesantías y sus intereses, vacaciones, indemnización moratoria por no pago de acreencias al terminar el vínculo, aportes a seguridad social en pensiones y costas. Para tomar su decisión, el Juez encontró que no hubo oposición a la declaratoria del contrato de trabajo, la cual se vio respaldada en la documental allegada. Así mismo, tampoco se presentó controversia ni constancia de pago de los salarios de noviembre y diciembre de 2018, vacaciones, cesantías y sus intereses, así como aportes a pensión de agosto a diciembre de 2018. En cuanto a las primas de servicios, si bien la pasiva se allanó a lo pretendido, obra prueba de su pago por lo que absolvió de éstas. Consideró que no había lugar a condenar al pago de los aportes a salud y riesgos laborales, pues únicamente habría lugar a reconocer los gastos que por dichos conceptos hubiera tenido que sufragar la trabajadora, lo cual no se probó. En el mismo sentido, tampoco habría lugar al pago de los aportes a caja de compensación. Condenó a la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo y hasta el 2 de abril de 2019, pues no se demostró la buena fe de la demandada hasta esa fecha, pero a partir del día siguiente el Ministerio de Educación Nacional dispuso la intervención de la pasiva, trámite que se asimila al de insolvencia de sociedades comerciales, al cual no podría acceder la Universidad por tratarse de una entidad sin ánimo de lucro. Encontró no probado el *despido* alegado por la demandante. No condenó a intereses moratorios, por no estar contemplados en la normativa laboral en la forma solicitada. No transcurrió el término prescriptivo.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora MÓNICA TORRES ROMERO y la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA existió un contrato de trabajo a*

término fijo por el período comprendido entre (sic) el 24 de mayo de 2018 y que tuvo vigencia hasta el 21 de diciembre de 2018. SEGUNDO: CONDENAR a la UNIVERSIDAD INCCA a pagar a la señora demandante las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos: a. Por concepto de salarios adeudados, la suma de $4.250.000. b. Por concepto de cesantías, la suma de $1.437.500. c. Por concepto de intereses a las cesantías, la suma de $99.188. d. Por concepto de compensación de vacaciones, la suma de $718.750. e. Por concepto de indemnización moratoria parcial, prevista en el artículo 65 del CST, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 2018 hasta el 2 de abril del año 2019, la suma de $8.333.333. TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante los aportes con destino al subsistema general de pensiones, por los períodos: agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2018, de conformidad con el cálculo y liquidación que efectúe dichos aportes (sic) el fondo en el cual se encuentra afiliada la parte demandante, junto con los correspondientes intereses de mora y, para el efecto de la liquidación de estos aportes adeudados, se tendrá en cuenta una asignación salarial mensual de $2.500.000. CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra, específicamente en lo relacionado entonces con los apartes a la seguridad social en salud, ARL y caja de compensación familiar y la indemnización por despido sin justa causa, conforme se expuso en la parta motiva de la presente providencia y, frente a estas, DECLARAR demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a 3 salarios mínimos legales vigentes (sic) para el año 2021." (Audiencia virtual del 10 de noviembre de 2021 – archivo 26 Hora 2:10:17).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de la demandante, su apoderada manifestó que la Universidad incumplió el deber de pagar, sin que su actuación se encuentre revestida de buena fe. Consideró que el valor calculado por dicha acreencia no guarda

relación con el salario devengado ni el tiempo transcurrido desde la terminación del vínculo. (Audiencia virtual del 10 de noviembre de 2021 – archivo 26 Hora 2:15:05)[1].

La apoderada de la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA – UNINCCA solicitó que se absuelva de la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones, pues la entidad no ha actuado de mala fé sino que se encuentra con un flujo de caja limitado, lo que llevó a la intervención del Ministerio de Educación Nacional para solventar su situación financiera (Audiencia virtual del 10 de noviembre de 2021 – archivo 26 Hora 2:16:23)[2].

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente del 24 de mayo al 21 de diciembre de 2018; (ii) que la

---

[1] *"Le agradezco, señor Juez. En ese sentido la parte actora desea apelar la decisión con relación a la indemnización moratoria, teniendo en cuenta que para nosotros no existe ninguna buena fe por parte del empleador, ya que su obligación era pagar y no cumplió, y que el trabajador no puede ir a pérdidas del empleador, y que la buena fe invocada por el despacho no se contempla en el artículo de que habla la moratoria en el pago de las prestaciones sociales. Adicionalmente, señor Juez, el valor calculado por el despacho no guarda relación con el salario y los días transcurridos desde la fecha de terminación del vínculo laboral. Por tanto, solicito al superior que revoque la decisión de tener por buena fe la actitud del demandado, y para que proceda a reconocer la indemnización moratoria de no pago de la liquidación de prestaciones sociales, conforme al último salario y los días transcurridos, por cuanto la suma de 8.333.000 no se compadece con lo realmente causado."*.

[2] *"Gracias, señor Juez. Bueno, respecto de la condena emitida por usted, me permito, señor Juez, pues teniendo en cuenta lo manifestado, interponer recurso de apelación, respecto a los siguientes términos: Solicito aclaración respecto de los valores aritméticos, en lo que tiene que ver con la condena de los salarios, ya que se deben descontar los aportes al sistema de seguridad social. En segunda medida, respecto de la condena a la indemnización del artículo 65, ya que como se manifestó en el desarrollo de este proceso, mi representada no contaba con los recursos suficientes para suplir de manera inmediata lo que se le adeuda a la señora Mónica. Nunca obró de mala fe, ya que la universidad poseía un flujo de caja limitado y adicional a eso, de la mano con el MEN ejecutaba planes, programas y demás acciones para suplir este pasivo laboral. Y solicito amablemente al Despacho, se tenga en cuenta el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, que en sentencia T-1042 del 2004 estableció lo siguiente: 'La jurisprudencia laboral ha sostenido de manera reiterada que cuando el patrono niega el contrato trabajo por razones atendibles y al proceso aportan medios probatorios que justifiquen su actitud, procede estimar que obró de buena fe, quedando facultado en tal caso el fallador para eximir de esta sanción'. Con esto quiero decir, señor Juez, que mi representada, pues, vuelvo y repito, no poseía un flujo de caja como era esperado y ya había sido cobijado (sic) bajo una medida de inspección y vigilancia. Esto es, por la Resolución 200383 de 2015. Gracias, señor Juez."*.

demandada no ha cancelado los salarios de noviembre y diciembre de dicha anualidad, así como tampoco prestaciones sociales ni vacaciones; y (iii) que el Ministerio de Educación Nacional adoptó una medida de *inspección y vigilancia* sobre la demandada, mediante Resolución 003503 del 2 de abril de 2019 (archivo 03 folios 2 a 11 y archivo 14 folios 80 a 132 y 414 a 416).

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS) si hay lugar al pago de la indemnización moratoria por no pago de prestaciones y salarios al finalizar el vínculo, o si se encuentra acreditada alguna circunstancia que exima a la demandada de dicho pago parcial o totalmente.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 65 del CST impone al empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y prestaciones causados, desde el día en que terminó el contrato de trabajo.

Si bien dicha sanción no opera de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, dicha situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas de no estar obligado al pago; o de situaciones sobrevinientes que hagan imposible cumplir las obligaciones, entre ellas su inclusión en procesos de liquidación empresarial, o la imposición de *institutos de salvamento* en el caso de instituciones de educación superior cuando dichas circunstancias le hacen perder la disposición de sus recursos para proceder con los pagos, circunstancias que deben estar plenamente demostradas en el expediente.

Con este referente normativo y una vez revisado el expediente el Tribunal concederá la pretensión del demandante pues ninguna de tales circunstancias se demostró en el expediente.

Al respecto, se advierte que mediante la Resolución 003503 del 2 de abril de 2019 el Ministerio de Educación Nacional asumió una serie de *medidas preventivas* y de *vigilancia especial* encaminadas a la corrección y superación de las irregularidades y deficiencias de carácter administrativo y financiero de la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA (archivo 14 folios 80 a 132)[3], pero ninguna de ellas impedía o limitaba la capacidad de pago de los salarios y prestaciones reclamadas. Nótese que no se estableció allí medida alguna que le impidieran a la entidad disponer de sus activos o someter a los acreedores a un proceso concursal como el que se llevaría a cabo frente a una sociedad comercial en estado de insolvencia, como lo dispone -para este tipo de entidades- el artículo 14 de la Ley 1740 de 2014 al regular los *institutos de salvamento*[4],

---

[3] *"Artículo primero: Adoptar las siguientes 'Medidas preventivas', para la Universidad INCCA de Colombia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1740 de 2014, y las motivaciones anotadas en este acto administrativo:*
1. Señalar las condiciones de carácter administrativo y financiero que la Universidad INCCA de Colombia, deberá atender para corregir o superar en el menor tiempo posible las situaciones, irregularidades y deficiencias de esta naturaleza, las cuales serán impartidas por el Ministerio de Educación Nacional a través de comunicaciones enviadas por la Subdirección de Inspección y Vigilancia de este Ministerio.
2. Disponer la <<vigilancia especial>>, en la Universidad INCCA de Colombia, por estar incursa en las causales b) y c) del artículo 11 de la Ley 1740 de 2014, sustentadas en la parte considerativa de esta Resolución.
Artículo segundo: Adoptar la siguiente 'Medida de Vigilancia Especial', en la Universidad INCCA de Colombia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 1740 de 2014, y las motivaciones anotadas en este acto administrativo:
1. Designar un 'Inspector in situ'., para que vigile permanentemente y mientras subsistan las situaciones que originaron las medidas, la gestión administrativa y financiera de la Universidad INCCA de Colombia, así como los aspectos que estén afectando las condiciones de continuidad y calidad; el nombre del 'inspector in situ', será comunicado a la institución, en su debido momento.".

[4] Ley 1740 de 2014: *"Artículo 14. Institutos de salvamento para la protección temporal de recursos y bien es en el marco de la vigilancia especial. Cuando se presenten circunstancias que amenacen gravemente la calidad y la continuidad del servicio, el Ministerio de Educación Nacional podrá adoptar las siguientes medidas para la protección temporal de los recursos, bienes y activos de la institución de educación superior, con el fin de atender en forma ordenada el pago de sus acreencias y obligaciones, propendiendo porque se le garantice a los estudiantes el derecho a la educación:*
1. La imposibilidad de registrar la cancelación de cualquier gravamen constituido a favor de la institución de educación superior, salvo expresa autorización del Ministerio de Educación Nacional. Así mismo, los registradores no podrán inscribir ningún acto que afecte el dominio de los bienes de propiedad de la institución, so pena de ineficacia, salvo que dicho acto haya sido realizado por la persona autorizada por el Ministerio de Educación Nacional.
2. La suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la institución de educación superior, por razón de obligaciones anteriores a la aplicación de la medida. A los procesos ejecutivos se aplicarán en lo pertinente las reglas previstas en los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006.

No se acredita buena fe por situaciones de *crisis financiera*, pues el trabajador no puede asumir los *riesgos y pérdidas* del empleador (artículo 28 del CST), según lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral- al advertir que en tales situaciones se debe demostrar *"que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir sus obligaciones laborales (…) el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente"*[5].

Si bien se evidencia una situación de déficit financiero en el empleador, como lo acreditan los actos administrativos emitidos por el Ministerio de Educación Nacional (archivo 14 folios 80 a 135 y 343 a 388) y los estados financieros de la demandada de 2015 a 2019 (*ibídem* folios 265 a 341), lo cierto es que ninguna de tales documentales da cuenta de la *imposibilidad real* de dar cumplimiento a las obligaciones laborales adquiridas con la demandante, situación que adquiere mayor relevancia al advertir que la vinculación se dio

3. La cancelación de los gravámenes y embargos decretados con anterioridad a la medida que afecten bienes de la entidad. El Ministerio de Educación Nacional librará los oficios correspondientes.
4. La suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento en que se disponga la medida, cuando así lo determine el Ministerio de Educación Nacional. En el evento en que inicialmente no se hayan suspendido los pagos, el Ministerio de Educación Nacional cuando lo considere conveniente, podrá decretar dicha suspensión. En tal caso los pagos se realizarán durante el proceso destinado a restablecer el servicio, de acuerdo con la planeación que haga el Ministerio de Educación Nacional, en el cual se tendrá en cuenta los costos de la nómina.
5. La interrupción de la prescripción y la no operancia de la caducidad sobre las acciones, respecto de los créditos u obligaciones a favor de la institución, que hayan surgido o se hayan hecho exigibles antes de adoptarse la medida.
6. El que todos los acreedores, incluidos los garantizados, queden sujetos a las medidas que se adopten, por lo cual para ejercer sus derechos y hacer efectivo cualquier tipo de garantía de que dispongan frente a la institución de educación superior, deberán hacerlo dentro del marco de la medida y de conformidad con las disposiciones que la rigen.".

[5] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL845-2021 Rad. 83444 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

del 24 de mayo al 21 de diciembre de 2018, esto es, para un momento en que era perfectamente previsible si la entidad podía o no asumir dicho gasto al encontrarse en dificultades económicas desde hacía varios años–desde 2015- por lo que era su obligación contar con las reservas correspondientes para el efecto, lo cual no ocurrió.

En ese contexto no resultan útiles como pruebas de buena fe los documentos que dan cuenta de un *Plan Estratégico para la Sostenibilidad: 2019 – 2022* (*ibídem* folios 136 a 200), o el *plan para la economía universitaria* (*ibídem* folios 201 a 262), ni la certificación de embargos sobre inmuebles de la universidad expedida por su director jurídico (*ibídem* folios 263 y 264) o los certificados de matrícula inmobiliaria (*ibídem* folios 390 a 408), ni el informe del auditor interno de la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA del 11 de junio de 202 (folio 409), en el cual se limita a informar acerca del trámite de auditoría para el pago de salarios y prestaciones a trabajadores y extrabajadores, sin que se evidencie allí la imposibilidad de pago alegada.

En el mismo sentido, tampoco se acredita dicha imposibilidad del testimonio rendido por MARÍA TERESA GARZÓN PULIDO (Audiencia virtual del 10 de noviembre de 2021 – archivo 26 Hora 1:00:18), quien se limitó a hacer un recuento histórico de la situación financiera de la Universidad y reiteró lo evidenciado con las documentales antes referidas.

Por todo lo dicho se modificará la sentencia apelada y se condenará a la demandada al pago de la indemnización por no pago de prestaciones y salarios al terminar el vínculo por los primeros 24 meses, a partir del día siguiente a la desvinculación, con base en un salario diario de $83.333,33 (salario mensual de $2.500.000)[6], el cual no fue objeto de discusión entre las partes, y a partir del primer día del mes 25 y hasta el momento en que se verifique el pago, se reconocerán sobre los salarios y prestaciones adeudadas

[6] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3563-2017 Rad. 49738 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

intereses a la tasa máxima dispuesta para créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

COSTAS en apelación a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral segundo literal *e)* de la referida providencia para, en su lugar, **CONDENAR** a la demandada al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST en cuantía de $60.000.000, por los primeros 24 meses de mora con base en un salario diario de $83.333,33 ($2.500.000 mensuales), y, a partir del primer día del mes 25 y hasta el momento en que se verifique el pago, intereses a la tasa máxima dispuesta para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre los salarios y prestaciones adeudadas.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** a cargo de la demandada.

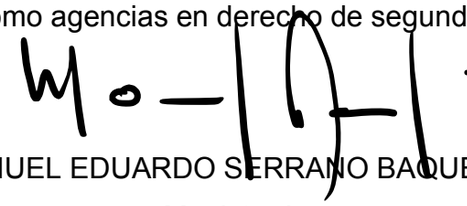
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de QUINIENTOS MIL PESOS MCTE ($500.000) 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 ABEL GERARDO CASTRO NIÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 31 de marzo de 2022 por la Juez Cuarenta (40) 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).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ABEL GERARDO CASTRO NIÑO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un

proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS efectuado el 25 de noviembre de 1996, con fundamento en que el asesor de COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., omitió el deber de información, pues se limitó a señalar que su empleador realizaría un cambio de fondo de pensiones por lo que debía firmar el formulario, sin proporcionar asesoría de ningún tipo ni brindarle información veraz y oportuna sobre las consecuencias de su traslado, las probabilidades de pensionarse en cada régimen, las modalidades pensionales, el monto de su mesada pensional con proyecciones objetivas. Tampoco se le informó acerca de la posibilidad de trasladarse previo a cumplir los 52 años de edad. Antes de interponer la acción, evidenció que la mesada que recibiría en el RAIS sería muy inferior a la que le otorgaría el RPM. Como consecuencia de lo anterior pide se active su afiliación en COLPENSIONES, y se ordene a la AFP el traslado de todo el capital que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos, *bonos y/o títulos pensionales* (ver demanda en archivo 001 folios 91 a 100).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó directamente con dicha entidad y no a través de COLMENA S.A., previa asesoría objetiva, íntegra y clara acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM, las normas que regulan el traslado y los parámetros para *determinar* el valor de las mesadas sin crear falsas expectativas, con la posibilidad de auméntalas con aportes voluntarios y los rendimientos financieros. En consecuencia, se suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria, según las normas legales vigentes para le época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. el

demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como lo fue el no manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento con base en la variación del monto de su mesada pensional. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, no es procedente la devolución de gastos de administración ni de alguna suma a título de perjuicio o detrimento de los aportes, pues, por el contrario, éstos generaron rendimientos mientras estuvieron en su poder, con los cuales se efectuó su traslado a la actual administradora a la que se encuentra afiliado el actor. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, *buena fe*, *prescripción*, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones*, *innominada o genérica*, *inexistencia de la obligación de devolver la 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 *reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa* (ver contestación en carpeta 002 folios 1 a 23).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la

Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto o efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Lo solicitado contraviene el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen*, *responsabilidad sui géneris de las entidades de seguridad social*, *sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación*, *error de derecho no vicia el consentimiento*, *inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política)*, *buena fe*, *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 carpeta 003 archivo 002).

Terminó la primera instancia con sentencia de 31 de marzo de 2022, mediante la cual la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que el demandante tomó una decisión libre y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación ni la permanencia en el RAIS con el paso del tiempo. Resaltó que no se genera descapitalización del sistema pensional, pues para el efecto se realiza el traslado de recursos por parte de la AFP. Finalmente,

señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional de la afiliada.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó el demandante ABEL GERARDO CASTRO NIÑO del RPM-PD, administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PROTECCIÓN S.A. SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos. TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros. CUARTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación del demandante, en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de los aportes realizados por el actor durante su permanencia en el RAIS. QUINTO: ORDENAR a la COLPENSIONES que acepte al actor en el RPM-PD, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros que le traslade PROTECCIÓN. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. SÉPTIMO: COSTAS a cargo de PROTECCIÓN y en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 SMLMV. OCTAVO: CONSULTAR esta providencia con la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá."* (Audiencia virtual del 31 de marzo de 2022 – archivo 11 Min. 42:47).

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso de PROTECCIÓN S.A., su apoderada pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que lo descuentos por gastos de administración se efectuaron conforme a las normas vigentes y fueron destinados al pago de los seguros previsionales y a la gestión de los dineros, que dieron como resultado los rendimientos generados, cuyo traslado también fue ordenado, por lo que se consistiría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, máxime cuando los mismos ni siquiera tienen la finalidad de financiar la pensión de vejez (Audiencia virtual del 31 de marzo de 2022 – archivo 11 Min. 44:43).

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada presentó pide que se revoque la decisión, por considerar que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues los actos objeto de la acción no tienen que ver con dicha entidad, máxime cuando se está afectando el principio de equilibrio financiero de la entidad, ante el posible futuro reconocimiento pensional a favor del actor, quien se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen pensional. En caso de confirmar, se debe retornar la totalidad de la cotización, esto es, recursos cuenta de ahorro, cuotas para pensión mínima, seguros previsionales y gastos de administración. Así mismo, solicita se condene a la AFP al pago de los perjuicios generados a dicha entidad (Audiencia virtual del 31 de marzo de 2022 – archivo 11 Min. 46:51).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos

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

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

constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (…)".

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 33 años de edad y había cotizado 517,86 semanas[1]; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 4 meses y 22 días)[2], y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 54 años de edad – ver archivo 01 folios 5 y 101).

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 de Colpensiones en archivo 01 folios 53 a 56.

[2] *Ibídem*.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *"(…) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que*

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

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

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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) 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 PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Indicó que su traslado se dio cuando la jefe de personal de su lugar de trabajo los reunió para que proporcionaran información personal a un asesor de una entidad privada de pensiones para llenar unos formularios que debían firmar, sin que se le proporcionara información alguna (Audiencia virtual del 31 de marzo de 2022 – archivo 11 Min. 11:12).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen, y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*"

-ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación del actor, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL4360 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 1993[5], este porcentaje hace parte de los gastos de administración (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia que informó a dicha entidad que podría obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen

---

[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".*

en caso de 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 PROTECCIÓN S.A.

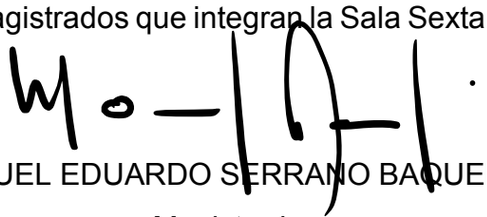
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE CLAUDIA PATRICIA CONTRERAS DURÁN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 4 de abril de 2022 por la Juez Doce (12) 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 Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con T.P. 221.228, 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 apoderada, CLAUDIA PATRICIA CONTRERAS DURÁN presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia o, en subsidio, la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS efectuado el 1º de mayo de 2001, con fundamento en que se la indujo a error al no suministrársele información acerca las diferencias, prestaciones, ventajas, desventajas, riesgos e implicaciones que tendría el traslado sobre sus derechos pensionales, el monto necesario para alcanzar el derecho pensional ni la forma en que se liquidaría su mesada pensional. Tampoco se le informó acerca de la imposibilidad de traslado al faltar menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Realizados los cálculos correspondientes, previo a la presente acción, evidenció que la mesada en el RPM sería mucho mayor a la del RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte el traslado en COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene a la AFP el traslado de los aportes cotizados, rendimientos, *bonos pensionales* y gastos de administración (ver demanda en archivo 001 folios 1 a 17).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación a la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., se efectuó previa asesoría objetiva, íntegra y clara acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM, las normas que regulan el traslado y los parámetros para *determinar* el valor de las mesadas sin crear falsas expectativas, con la posibilidad de auméntalas con aportes voluntarios y los rendimientos financieros. En consecuencia, se suscribió el formulario correspondiente de

manera libre y voluntaria, según las normas legales vigentes para le época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. La demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como lo fue el no manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento con base en la variación del monto de su mesada pensional. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, no es procedente la devolución de gastos de administración ni de alguna suma a título de perjuicio o detrimento de los aportes, pues, por el contrario, éstos generaron rendimientos mientras estuvieron en su poder, con los cuales se efectuó su traslado a la actual administradora a la que se encuentra afiliado el actor. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, *buena fe*, *prescripción*, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones*, *reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*, *inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe* e *innominada o genérica* (ver contestación en archivo 005 folios 2 a 31).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran pruebas

en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, o el ejercicio de fuerza o dolo por parte de la AFP, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto o efectuar el traslado previo a encontrarse incursa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Lo solicitado contraviene el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción y caducidad*, *inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales*, *imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal*, *cobro de lo no debido*, *buena fe*, *imposibilidad de condena en costas* y *declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en archivo 006 folios 2 a 13).

Terminó la primera instancia con sentencia de 4 de abril de 2022, mediante la cual la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Señaló que la acción

es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional de la afiliada.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO DECLARAR: la ineficacia de la afiliación realizada por la señora CLAUDIA PATRICIA CONTRERAS DURAN identificada con C.C. No 63.305.696 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. el 12 de marzo de 2001, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO DECLARAR: válidamente vinculada a la señora CLAUDIA PATRICIA CONTRERAS DURAN al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto. TERCERO CONDENAR: a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA PATRICIA CONTRERAS DURAN tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y de demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia CUARTO CONDENAR: a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PROTECCIÓN S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora CLAUDIA PATRICIA CONTRERAS DURAN al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros deberá actualizar su información en la historia laboral.*

QUINTO DECLARAR: no probadas las excepciones propuestas de acuerdo con lo motivado. SEXTO CONDENAR: en costas de esta instancia a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000 para cada una. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al honorable. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA." (Audiencia virtual del 4 de abril de 2022 – archivo 19 Hora 1:06:44).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que lo descuentos por gastos de administración se efectuaron conforme a las normas vigentes y fueron pagadas y gastadas en la gestión de los dineros que dieron como resultado los rendimientos generados, por lo que su devolución implicaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, entidad que también los habría descontado, pero que no ha ejercido la administración correspondiente, por lo que su traslado implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta última, máxime cuando también se ordena a la AFP reconocer de su propio patrimonio sumas que ha trasladado a terceros, como la prima previsional, lo que desconoce la cobertura que se brindó durante la afiliación en este aspecto. Entender que los mismos se cobran como un perjuicio, sin que se evidencie un daño causado por dicha entidad pues, al contrario, se han generado rendimientos que también serán objeto de traslado y ello desconocería las restituciones mutuas, aplicables por inescindibilidad de la norma. Al tratarse de valores ajenos a la pensión, son susceptibles de prescribir (Audiencia virtual del 4 de abril de 2022 – archivo 017 Min. 15:40).

COLPENSIONES a través de su apoderada presentó recurso para que se revoque la decisión, por considerar que el traslado se dio de manera libre y voluntaria en ejercicio del derecho a la libre afiliación, como lo demuestra el formulario de afiliación. La demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni se demostraron los aducidos vicios del consentimiento, por lo que es la administradora del RAIS quien debe responder por su derecho pensional. Este tipo de decisiones afectan el principio de sostenibilidad financiera del sistema y no resulta justo que una persona que no ha contribuido al sistema, se beneficie con un reconocimiento pensional del mismo (Audiencia virtual del 4 de abril de 2022 – archivo 017 Min. 24:00).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 37 años de edad y había cotizado 243,57 semanas[1]; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años

[1] Ver historia laboral actualizada de Colpensiones en el expediente administrativo - archivo 006 folios 37 a 42.

de cotizaciones al Sistema (no tenía cotización alguna)[2], y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver archivo 001 folio 23 y archivo 002).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [3] [4], según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las

---

[2] *Ibídem*.

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

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

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema 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 se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) 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 SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó que su traslado se dio al momento de vincularse laboralmente en la Universidad de Santander como docente de cátedra, momento en que el asesor le ofreció *el servicio* sin proporcionar mayor información al respecto, se limitó a señalar que tendría un beneficio con una tarjeta de crédito con el Banco Santander. Al preguntar si habría alguna

dificultad por trasladarse del ISS, el asesor indicó que no habría ninguna (Audiencia virtual del 4 de abril de 2022 – archivo 016 Min. 12:53).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación de la actora, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL4360 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 1993[5], este porcentaje hace parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia que informó a dicha entidad que podría obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de 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.

COSTAS en apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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

RESUELVE

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

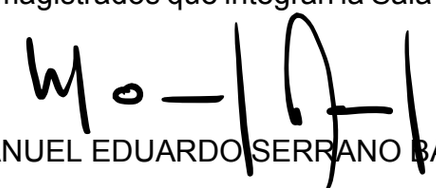
---

[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".*

2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

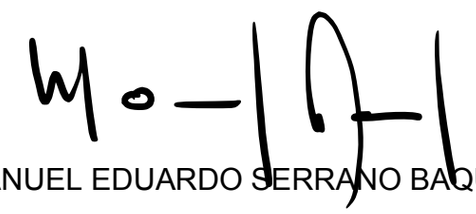


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE DAVID FELIPE CRIOLLO DÍAZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, TRÁMITE AL QUE SE VINCULÓ COMO INTERVINIENTE AD EXCLUDENDUM A ROSA ELVIRA MERCADO ENRÍQUEZ.

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar los recursos de apelación interpuestos por el curador ad litem de la interviniente ad excludendum y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2021 por la Juez Segunda (2ª) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a COLPENSIONES a corregir la historia laboral del causante BERNARDO CRIOLLO MAFLA, así como reconocer y pagar a favor del demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía de $29.925.082, debidamente indexada.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DAVID FELIPE CRIOLLO DÍAZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare, principalmente, que BERNARDO CRIOLLO MAFLA (Q.E.P.D.) era beneficiario del régimen de transición y que al momento de su deceso dejó causada una pensión de vejez. En consecuencia, se condene a

COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor *pensión de sobrevivientes* en como hijo del causante, a partir del 14 de diciembre de 2014, junto con los intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. En subsidio, pide que se disponga el pago de la indemnización sustitutiva *de la pensión de vejez* debidamente indexada.

Como sustento de sus pretensiones sostiene que el señor BERNARDO CRIOLLO MAFLA –padre del demandante- falleció en la ciudad de Toronto Canadá, el 17 de diciembre de 2014, que en vida cotizó al sistema integral de seguridad social un total de 1064,35 semanas; no obstante, solo 941 fueron tenidas en cuenta por Colpensiones en las Resoluciones GNR 267378 del 31 de agosto y GNR362287 del 18 de noviembre de 2015 en las que se negó la solicitud de reconocimiento pensional, haciéndole falta 123.35 semanas durante el tiempo que laboró para el Banco Industrial Colombiano y SEGURA Y CIA LTDA, que deben ser objeto de inclusión en su historia laboral. Asegura que el causante era beneficiario del régimen de transición por cuanto tenía más de 40 años y 750 semanas cotizadas para el 1 de abril de 1994, y aunque se trasladó al régimen de ahorro individual, enseguida regresó al régimen de prima media. Indica el actor que nació el 12 de octubre de 1993 y adelanta estudios de arquitectura en Toronto, Canadá, razón por la cual dependía económicamente de su progenitor, con quien convivía en ese país (ver demanda en folios 3 a 18).

Por auto del 24 de septiembre de 2018 (folio 61) se admitió la demanda y se vinculó en condición de tercera ad excludendum a ROSA ELVIRA MERCADO ENRÍQUEZ.

Notificada en debida forma, COLPENSIONES contestó a través de apoderado judicial quien se opuso a las pretensiones tanto declarativas como de condena. Aduce que Bernardo Criollo Mafla (Q.E.P.D.) perdió el régimen de transición del que inicialmente era beneficiario, por haberse trasladado al régimen de ahorro individual y no contar con las 750 semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; además, no cumplió con el mínimo de semanas exigidas

para acceder a la pensión de vejez, previstas en el Acuerdo 049 de 1990 – aplicable en virtud del régimen de transición-, ni las previstas en la Ley 797 de 2003, pues solo cuenta 941, según su historia laboral. Advierte, el *de cujus* tampoco cotizó 50 semanas en los 3 años anteriores a su deceso, por lo que no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes y, en todo caso, el demandante no acredita los requisitos para acceder a dicha prestación, específicamente, la dependencia económica respecto del causante. En su defensa propuso las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, *no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandada,* compensación*, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* y la genérica (ver contestación y su subsanación folios 65 a 77 y 97 a 102).

Ante la imposibilidad de notificar personalmente a la interviniente, se le designó curador para la litis y se dispuso su emplazamiento.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el curador presentó demanda en la que solicitó se declare y reconozca que el causante BERNARDO CRIOLLO MAFLA es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que, como compañera permanente, la señora ROSA ELVIRA MERCADO tiene derecho a percibir la pensión de sobrevivientes desde el momento de su causación. De manera subsidiaria, pidió se reconozca a su favor de su representada la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Lo anterior con fundamento en que, de conformidad con las reclamaciones realizadas ante Colpensiones, ROSA ELVIRA era la compañera permanente del causante a la fecha de su deceso (ver demanda interviniente ad excludendum, folios 111 a 117). Adicionalmente, contestó el libelo principal sin oponerse a las aspiraciones que lo fundan. En su defensa, formuló únicamente las excepciones de prescripción y genérica (ver contestación interviniente ad excludendum, folios 118 a 124).

Admitida la demanda de la interviniente, y corrido el traslado correspondiente, COLPENSIONES la contestó. Se opuso a las pretensiones formuladas, con las mismas razones esgrimidas respecto del escrito inaugural, y presentó como excepciones aquellas que plasmó en la contestación de la demanda principal, y la de presunción de legalidad de los actos administrativos (folios 132 a 137).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de septiembre de 2021, a través de la cual la Juez Segunda (2ª) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a corregir la historia laboral del causante BERNARDO CRIOLLO MAFLA, así como reconocer y pagar a favor del demandante principal indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en cuantía de $29.925.082, debidamente indexada, y absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

La parte resolutiva tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: Que el señor BERNARDO CRIOLLO MAFLA le asistió el derecho en vida de que COLPENSIONES le corrigiera su historia laboral. SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES corregir la historia laboral del fallecido BERNARDO CRIOLLO MAFLA en los siguientes términos: Del 29 de julio de 1977 al 1 de enero de 1972 en 21.85 semanas y del 28 mayo de 1983 al 21 de diciembre del mismo año en 29 semanas. TERCERO: DECLARAR que el señor DAVID FELIPE CRIOLLO MAFLA es el beneficiario único de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes del causante Bernardo Criollo Mafla. CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a cancelar al demandante David FELIPE CRIOLLO DÍAZ como único beneficiario acreditado del causante BERNARDO CRIOLLO MAFLA la suma de $29.925.082 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a indexar las sumas adeudadas teniendo el IPC inicial del mes de diciembre de 2020 y como IPC final del mes de diciembre del año inmediatamente anterior al pago efectivo de conformidad a la formula descrita en las consideraciones de esta providencia. SEXTO:*

DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demanda Colpensiones de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. SÉPTIMO: NEGAR las pretensiones principales de la demanda. OCTAVO: CONDENAR en costas a la parte demandada COLPENSIONES como se dijo en la parte motiva de esta providencia. NOVENO: En caso de no ser apelada esta decisión se concede el grado jurisdiccional de consulta en favor de la interviniente ad excludendum la señora ROSA ELVIRA MERCADO ENRÍQUEZ contemplada en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., así como de COLPENSIONES" (audiencia virtual Cd folio 144, récord 1:23:05).

Para tomar su decisión, la juez tuvo como hechos probados la fecha de nacimiento del demandante y su condición de hijo del causante, la afiliación de BERNARDO CRIOLLO a COLPENSIONES, la fecha de su deceso y las cotizaciones efectuadas al sistema. Frente a la corrección de la historia laboral, halló acreditada la prestación del servicio de BERNARDO CRIOLLO con las sociedades BANCO INDUSTRIAL COLOMBIANO y SEGURA Y CIA LTDA., por interregnos que no figuran en la historia laboral, respecto de los cuales no se advierte novedad de retiro ni gestiones de cobro por parte de la Administradora demandada, razón por la cual debían incluirse los lapsos transcurridos: entre el 29 de julio de 1977 y el 1 de enero de 1978 (21.85 semanas), y entre el 28 de mayo y el 21 de diciembre de 1993 (29 semanas). En lo que toca a la pensión de vejez, discurrió, que aunque el causante era beneficiario del régimen de transición, el cual extendió hasta el 2014, no cumplía con la densidad de semanas prevista en el Acuerdo 049 de 1990 (norma anterior) por cuanto solo acumuló, teniendo en cuenta las semanas certificadas por la demandada y las incluidas por el juzgado, un total de 991.85 semanas. Con relación a la pensión de sobrevivientes, estableció que el régimen aplicable era el vigente a la fecha del deceso del afiliado, esto es, la Ley 797 de 2003 según la cual, para causar el derecho se requiere haber cotizado al menos 50 semanas en los 3 años anteriores al fallecimiento, condición que no se acreditó porque el causante no tenía ninguna semana cotizada en ese interregno, por ello desestimó las pretensiones principales.

Halló procedente la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, advirtiendo el cumplimiento de los presupuestos por parte del actor.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia de primer grado y, en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Considera improcedente la inclusión de periodos ordenada por el *a quo*, pues, en su sentir, no son suficientes las certificaciones laborales aportadas al expediente a efectos del allanamiento a la mora la cual solo se configura cuando se acredita la existencia del contrato de trabajo y que media afiliación por parte del empleador. Además, sostiene que el juzgado pudo en uso de sus atribuciones *ultra* y *extra petita* ordenar a los empleadores el pago de los aportes en mora a favor de esa entidad. En lo que toca a la indemnización sustitutiva reconocida, asegura no haberse tenido en cuenta la excepción previa de falta de competencia que formuló, con fundamento en la ausencia de reclamación administrativa a la que refiere el artículo 6 del C.P.T y la S.S., la cual no se agotó por la parte actora. En caso de confirmarse la sentencia, solicita que se abstenga la Sala de imponer costas a su cargo[1] (CD folio 144, audiencia virtual del 30 de septiembre de 2021, minuto 1:25:21).

---

[1] *"Muchas gracias estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito respetuosamente interponer y sustentar el recurso de apelación dentro del proceso de la referencia para que mediante sentencia de segunda instancia se revoque la decisión tomada por el juzgador de primera instancia y por el contrario se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, y se condene en costas a la parte demandante. Respecto de los periodos no incluidos en la historia laboral esta parte no se encuentra de acuerdo con la tesis del despacho respecto de los periodos cotizados por el empleador Banco industrial Colombiano bajo los periodos comprendidos del 29 de julio de 1977 hasta 1e enero de 1978 y con el empleador Segura y CIA para el periodo comprendido entre el 14 de enero de 1992 hasta el 28 de mayo de 1993 al 13 de enero de 1994, toda vez que no basta que se prueba con las certificaciones laborales expedidas y aportada en el expediente, pues así lo ha dejado sentado la jurisprudencia, y el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional la doctrina que ha sido de la Corte Suprema de Justicia pone la lógica y el entendimiento que se pone como derecho pilar del allanamiento a la mora la fuerza de trabajo que se despliega del afiliado para cotización. Tanto así que los demás requisitos contemplados en la jurisprudencia constitucional para abordar el allanamiento y mora exigen en todos los casos debe obrar diáfano en el acervo probatorio la existencia de un contrato de trabajo, relación laboral en los periodos que se requería en la mora patronal sobre el particular la corporación del órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha construido su postura sobre la base de los tres supuestos ineludibles para fustigar el allanamiento de mora, esto es afiliación, contrato de trabajo, emisión de cobro. De acuerdo con lo anterior, en recientes pronunciamientos concretamente en la sentencia SL263 del año 2020 y SL 514 del año 2020,*

En el recurso del curador *ad litem* de la interviniente *ad excludendum*, indicó que, si bien no se pudo determinar razonadamente los años de convivencia, la indemnización sustitutiva condenada debe ser compartida, para lo cual pueden tenerse en cuenta las declaraciones rendidas por los testigos, quienes

---

se reiteró que mora patronal solo se configura en la medida que haya afiliación por parte del empleador incumplido y el allanamiento a esta mora solo se constituye en la medida que se acredite la existencia del contrato de trabajo en los periodos que se alega a la mora. De otro lado, se vislumbré la omisión en las acciones de cobro. De igual forma llama la atención la sentencia SL 514 la cual ya se mencionó, la cual fija sub reglas procesales de cara a la del sentenciador de que el señor Juez como director del proceso, exhortando el decreto oficios de pruebas para solventar la precariedad probatorias presentes en el debate en el derecho pensional y acentúa el pacto de relevancia de las causales infringidas en materia pensional al pregonar que estas que se deben pretender hacia un sistema inquisitivo en materia probatoria al considerar que el cauce de las instancias incluso en sede de instancia de casación al construirse el juez debe ordenar la práctica de cualquier medio de persecución que estime necesarios para establecer los hechos materia de controversia. Por lo expuesto no es posible concluir que mi representada no ha cumplido a cabalidad con todos los mandamientos contemplados en la normatividad vigente en cuanto a la historia laboral del demandante se encuentra actualizada conforme a los soportes efectuados por sus empleadores que no es posible alegar allanamiento por mora en los periodos actualmente faltantes y reportados por el causante, toda vez que pese a las peticiones presentadas el causante demandante no aportó la documentación necesaria y pertinente para acreditar los tiempos no aportados por sus empleadores tales como las de su contrato o relación legal y reglamentada en los periodos de mora, por lo que en este caso no se produjo y en el transcurso del proceso la existencia de los contratos de trabajo pues como ya se mencionó en el expediente solo obra la certificaciones laborales por el banco y cia y dentro de las facultades ultra y extra patita el juzgador de primera instancia si a bien lo tiene podría o pudo haber ordenado a sus empleadores realizar el pago de los aportes en mora a favor de Colpensiones, por lo anterior y teniendo en cuenta que mi representada no está obligada a cubrir los periodos sobre los cuales los empleadores nunca reportaron y no se acredito la existencia de un contrato de trabajo no es viable incluir tales periodos en la historia laboral del causante y por tanto como ya si está de acuerdo mi representada que el causante no es beneficiario del régimen de transición y por lo tanto no es procedente el reconocimiento de una pensión post mortem a favor del demandante. Respecto de la petición subsidiaria esta parte tampoco se encuentra de acuerdo con el despacho toda vez que esta pretensión se presentó en la contestación de la demanda, la excepción previa de falta de competencia del artículo sexto del código procedimiento de trabajo y de la seguridad social por la falta de agotamiento de la reclamación administrativa. Toda vez que el actor no agotó se reitera la reclamación administrativa sobre la solicitud de reconocimiento de indemnización sustitutiva de vejez por lo cual no es posible que ahora en primera instancia se ordene esta prestación o este pago único cuando no fue objeto de la litis. En consecuencia, solicito respetuosamente al honorable tribunal Sala laboral que se revoque la decisión tomada por el a quo y en su lugar absuelva a mi representada administradora colombiana de pensiones Colpensiones de todas y cada una de las condenas impuestas por el fallador de primera instancia y como petición subsidiaria en caso de no acogerse los argumentos expuestos y en consecuencia la Sala confirme la providencia efecto de alzada no se condene en costas toda vez que la entidad ha actuado de buena fe y ha ejercido la debida defensa técnica dentro del proceso, constituyendo apoderados judiciales para tal fin y con ello pues pagando los honorarios de los abogados así sería el recurso de apelación Muchas gracias".

afirmaron que su representada era la *cónyuge* del fallecido Bernardo Criollo[2] (CD folio 144, audiencia virtual del 30 de septiembre de 2021, hora 1 minuto 31:28).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En virtud del principio de consonancia, no son objeto de controversia en esta instancia los siguientes hechos que el juzgado encontró probados y no fueron objeto de apelación: i) que BERNARDO CRIOLLO MAFLA estuvo afiliado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y falleció el 17 de diciembre de 2014 (folio 20); ii) que DAVID FELIPE CRIOLLO DÍAZ es hijo del causante (folio 21); iii) que BERNARDO CRIOLLO MAFLA no causó el derecho a la pensión de vejez, ni dejó causada pensión de sobrevivientes, en tanto no acreditó los presupuestos exigidos en la Ley 797 de 2003 -norma aplicable-, esto es, 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores al deceso.

Por razones de método y en consonancia con los recursos de apelación presentados por la interviniente ad excludendum y por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, el Tribunal estudiará: (i) si BERNARDO CRIOLLO MAFLA tiene derecho a que se incluyan dentro de su historia laboral los periodos que correspondan a los tiempos que laboró para el BANCO INDUSTRIAL COLOMBIANO (hoy BANCOLOMBIA) y

---

[2] "*Gracias señora jueza conforme la decisión de la primera instancia que esté curador ad litem de la señora Rosa Elvira Mercado también interpone el recurso de apelación en los términos que sí primero la parte 1 la parte primera perdón el código sustantivo del trabajo artículo 48 y el artículo 53 de nuestra constitución política Establece en las relaciones y sobre todo el principio de la buena fe Sí este principio se presumen en todas las actividades y obligaciones cotidianas siendo así es importante resaltar que respecto de la condena de la pretensión subsidiaria aun cuando razonadamente no se pudo determinar los años de convivencia dado que tampoco se desvirtúa en consideración este curador ad litem considera que la indemnización debe ser también compartida por esa razón se impugna en primer lugar la decisión, en segundo lugar también para que se tenga en cuenta las decisiones las deposiciones perdón de los Testigos que al unísono afirmaron que la señora mercado era cónyuge del fallecido señor Bernardo Criollo y eso refuerza mucho más la posición de que aun cuando la pensión de sobreviviente ha sido absuelta Colpensiones, la pretensión subsidiaria fue condenada Pues que está sea también compartida entonces solamente en esos términos impugno la decisión adoptada en primera instancia Muchas gracias.*"

SEGURA Y CIA LTDA., entre el 29 de julio de 1977 y el 1 de enero de 1978, y del 28 de mayo al 21 de diciembre de 1993, respectivamente; y (ii) si hay lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que se reclama a cargo de COLPENSIONES y en favor de los demandantes.

(i) CORRECCIÓN DE HISTORIA LABORAL

Una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primer grado en cuanto dispuso la inclusión dentro de la historia laboral del causante, de los periodos comprendidos entre el 29 de julio de 1977 y el 1 de enero de 1978, y entre del 28 de mayo de 1993 al 21 de diciembre de ese mismo año.

Respecto al primero, con las pruebas arrimadas al expediente se acredita la existencia de la relación laboral del causante con el BANCO INDUSTRIAL COLOMBIANO desde el 4 de septiembre de 1972 hasta el 2 de enero de 1978 (folio 54 y 56), sociedad que lo afilió al sistema pensional a partir de la primera fecha y efectuó cotizaciones a favor del trabajador hasta el 28 de julio de 1977 -antes de terminar el contrato- según consta en el reporte expedido por Colpensiones, sin que para esta última fecha se advierta alguna novedad de retiro.

Frente al segundo, y de acuerdo con la certificación expedida por la Jefe de Relaciones Industriales de la empresa SEGURA Y CIA LTDA. (folio 55), se demostró que BERNARDO CRIOLLO MAFLA estuvo vinculado a esa organización entre el 14 de enero de 1992 y el 21 de diciembre de 1993; sin embargo, la afiliación con ese empleador a COLPENSIONES se produjo el 29 de abril de 1992, y se efectuaron cotizaciones a pensión hasta el 27 de mayo de 1993 (ver historia laboral folio 45), periodo que resulta anterior a la finalización del contrato de trabajo y respecto del cual tampoco se presentó novedad de retiro.

En ese sentido, en ambos casos se trata de aportes en mora, cuyo cobro estaba a cargo de la demandada y por ello se debían computare en el saldo parea causar las prestaciones por vejez, según lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues la omisión del empleador en el pago oportuno de los aportes no se puede cargar al afiliado para desconocer sus derechos pensionales. Se demostró (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).

ii) INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

Preliminarmente y para resolver la segunda materia de apelación propuesta por COLPENSIONES, el artículo 4º de la Ley 712 de 2001 dispone que solo se pueden *iniciar acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquier otra entidad de la administración pública (…) cuando se haya agotado la reclamación administrativa.* Esta consiste en el reclamo escrito previo del derecho objeto de acción judicial ante la autoridad administrativa correspondiente, diligencia que, según reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye para el juez laboral un factor de competencia, pues permite a la *entidad de la administración* conocer previamente el reclamo para corregir errores eventuales y evitar las consecuencias desfavorables que le acarrearía una condena judicial.

No obstante, la omisión de este requisito es susceptible de saneamiento cuando la convocada al juicio no pone de presente tal deficiencia como excepción previa[3] según lo ha dicho la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 13 de octubre de 1999, radicación 12221).

---

[3] *"Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo*

Así las cosas, y como quiera que Colpensiones no advirtió la falta de reclamación administrativa respecto de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, en tanto solo la propuso en la subsanación de la contestación de la demanda (folio 102), se debe entender prorrogada la competencia del fallador para decidir sobre el conflicto avocado, tal como lo señaló la juez de primer grado en la audiencia del 31 de agosto de 2021 en la que se abstuvo de darle trámite, decisión que -de todas formas- se encuentra en firme pues no fue impugnada por COLPENSIONES (archivo No. 8, CD folio 144).

Resuelto lo anterior, para resolver si procedía o no la condena dictada en primera instancia, el artículo 49 de la Ley 100 de 1993 prevé que "*los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez",* y el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente para la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la pensión de sobreviviente, en forma vitalicia, a) a la cónyuge o al (la) compañero(a) permanente supérstite del pensionado o afiliado[4], si acredita haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco (5) años continuos antes del fallecimiento; y en forma temporal, al (la) cónyuge o compañero(a) permanente supérstite del pensionado o afiliado que tenga menos de 30 años de edad y no haya procreado hijos con éste; b) los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.

---

preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que "La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso."

[4] Sentencia SU-142 de 2021

La carga de demostrar estas situaciones la tiene la parte que alega el hecho, a tenor de los dispuesto en el artículo 167 del CGP, y la prueba aportada para el efecto debe ser clara y suficiente pues, también lo ha dicho la Corte, la pensión de sobrevivencia protege al núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte, y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, y SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO).

Bajo este criterio normativo y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia que negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a favor de la interviniente *ad excludendum*, y revocará el otorgamiento hecho de esta prestación a favor del demandante.

Respecto de la interviniente *ad excludendum* no logra acreditarse la condición de compañera permanente del causante con ninguno de los elementos de prueba arrimados al plenario. Para el efecto no resultan útiles los testimonios de LAURA MILENA DIAZ GUZMAN (audiencia del 30 de septiembre de 2021, récord 15:38) y ALEJANDRO VALENCIA CRIOLLO (audiencia del 30 de septiembre de 2021, récord 34:39), primos del demandante, pues en realidad no les consta directamente la relación que dice haber teniudo ROSA ELVIRA MERCADO ENRIQUEZ con el causante BERNARDO CRIOLLO ya que mientras este último residía en Toronto, Canadá, los deponentes se encontraban en Colombia y no conocieron a la mentada señora, ni visitaron su domicilio, solo escucharon comentar que tenía una relación con el afiliado fallecido, sin explicar las circunstancias en las que se dio la misma. Tampoco resulta posible tener como una confesión lo aseverado por el demandante respecto a que ROSA ELVIRA MERCADO fue su *madrastra,* porque precisó que la relación de pareja conformada entre esta y su padre culminó un tiempo antes de producirse el deceso, razón por la cual, incluso, desconocía su paradero, y en todo caso, tampoco dio a conocer si tenían un proyecto de vida en común y compartían techo, lecho y mesa.

Además de tales elementos, en el expediente no hay ningún otro medio probatorio del cual se pueda inferir la existencia de una comunidad de vida con el causante y, en consecuencia, no puede tenerse por probada la calidad de compañera permanente que se invoca respecto de aquel.

Respecto del demandante -tema que se estudia atendiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada-, y contrario a lo establecido por la juez de primer grado, para la Sala no se probaron configurados en cabeza del actor los presupuestos normativos para hacerse beneficiario de la prestación reclamada, ya que, se trata de un hijo mayor de 18 y menor de 25 años a quien le correspondía demostrar su incapacidad de trabajar por razón de sus estudios, y la dependencia económica respecto del causante, circunstancias que no se avizoran probadas en autos.

Sobre el particular, al expediente se anexó un documento denominado "*confirmation of enroiment"* (folios 23 a 25) en idioma extranjero, razón por la cual para que pudiera ser apreciado como prueba debía incorporarse en los términos del artículo 251 del C.G.P., esto es, con su respectiva traducción al español "*efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez",* lo que no ocurrió. Pero en todo caso, y aun si en gracia de la discusión se pudiera dar valor probatorio a dicho legajo, lo cierto es que no se podría tener por satisfecho el requisito a que refiere la norma en cita por cuanto según se advierte del documento en traducción informal, DAVID FELIPE CRIOLLO inició clases el 6 de enero de 2015, con posterioridad a la data del óbito, y de él no se extrae que el estudiante haya cumplido con dedicación a las actividades académicas curriculares con una intensidad no inferior a veinte (20) horas semanales, como lo establece el parágrafo segundo de la Ley 1574 de 2012.

Tampoco se probó la dependencia económica, pues aunque los testigos antes referidos señalaron que el actor dependía económicamente de su progenitor quien era el encargado de proveerle todo lo necesario para su subsistencia,

ello no les consta de manera directa sino por comentarios que les hizo el causante e, incluso, el propio accionante.

En estas circunstancias, la valoración de las pruebas traídas al proceso permite concluir su insuficiencia para deducir, de una parte, la existencia de una comunicad de vida estable y dependiente económicamente entre el causante y la interviniente ad excludemdum con la cual pueda establecerse su calidad de compañera permanente, y de otra, el incumplimiento de los presupuestos de estudio y dependencia económica que prevé la norma para tener al hijo del causante mayor de 18 y menor de 25 años como beneficiario de la indemnización prevista en sustitución de la pensión de sobrevivientes, lo que conlleva, como ya se dijo, a la revocatoria parcial de la sentencia de primer grado en tanto reconoció a favor del demandante dicha prestación.

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** los numerales TERCERO, CUARTO y QUINTO de la sentencia de primera instancia. En su lugar se ABSUELVE a la ADMINSITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de la pretensión encaminada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, incoada tanto por el demandante como por la interviniente ad excludendum.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MARGARITA ELENA GARCÍA ARANGO CONTRA LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 el recurso de apelación interpuesto por PROTECCION S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia dictada el 18 de enero de 2022 por la Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARGARITA ELENA GARCÍA ARANGO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual realizada con la AFP

PROTECCIÓN y los subsiguientes traslados dentro de ese régimen, con fundamento en que las administradoras de fondos de pensiones incumplieron su deber legal de información, al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características de su traslado de régimen pensional. En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos o títulos pensionales a los que hubiere lugar, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, y a esta última, activar su afiliación y recibir los recursos trasladados del RAIS (ver demanda folios 160 a 184 archivo A1 del expediente digital, trámite de primera instancia).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda mediante apoderada oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones. Argumenta que el tránsito de régimen de la demandante se dio de manera libre y voluntaria, en ejercicio de su derecho de libre escogencia, decisión que ratificó con los traslados a diferentes administradoras del RAIS. Adicionalmente, sostiene, la demandante no acreditó los supuestos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado y se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, para retornar al RPM. Resalta que existen unos deberes mínimos por parte de los afiliados y no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Propuso como excepciones de mérito: *La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*; *Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; Sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; El error de derecho no vicia el consentimiento; Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema;* buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho

reclamado, prescripción y la innominada o genérica (ver contestación en archivo A5 folios 180 a 204).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que la demandante pretende que se declare la nulidad absoluta del acto jurídico por lo que debió acreditar un objeto o causa ilícita, o su incapacidad absoluta, afirma que el vicio del consentimiento solo genera una nulidad relativa, susceptible de ratificación. Manifiesta que garantizó el derecho de retracto y que se debe presumir la buena fe en su actuar. Asevera que el derecho al traslado de régimen no puede desconocer principios de la seguridad social como el de eficiencia pensional y derechos fundamentales como el de la pensión. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación,* y la *excepción genérica* (ver contestación en archivo A6 folios 65 a 104).

Por su parte, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. compareció mediante apoderado judicial quien en su nombre contestó el libelo. Se opuso a las pretensiones de la demanda y, particularmente a que se declare la ineficacia del traslado de régimen. Afirma que la decisión del tránsito entre regímenes fue libre y voluntaria, tal como quedó plasmado en el formulario de afiliación, documento que cumplía con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994. Manifiesta que, al momento de la afiliación de la actora, brindó una asesoría completa y comprensible y advierte la imposibilidad de dar aplicación retroactiva a las normas que regulan el deber de información. Señala que la accionante no hizo uso de la facultad de trasladarse de régimen antes de verse inmersa en la prohibición legal para ello y que la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia. Como excepciones de fondo formuló: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción*, *buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución*

mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (ver contestación en archivo A9 folios 2 a 26).

Terminó la primera instancia con sentencia de 18 de enero de 2022, mediante la cual la Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que las pruebas recaudadas no permitían establecer que COLMENA, hoy PROTECCION S.A. brindó información sobre el RAIS a la actora al momento de realizar el traslado, lo que evitó que la demandante contara con elementos de juicio suficientes para determinar lo que resultaba más benéfico en su situación y poder expresar su voluntad de manera informada. Agregó que los posteriores traslados horizontales que realizó no ratifican o convalidan la afiliación viciada que realizó, y que no hay lugar a declarar la prescripción de la acción por formar parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, el cual tiene un carácter imprescriptible.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"**PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, MARGARITA ELENA GARCÍA ARANGO, entre el Régimen de Prima Media, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Colmena, hoy PROTECCIÓN, el 22 de abril de 1999. **SEGUNDO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se*

encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora MARGARITA ELENA GARCÍA ARANGO, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. ***TERCERO:*** *CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores correspondientes a las cuotas de administración y comisiones, que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la DEMANDANTE MARGARITA ELENA GARCÍA ARANGO, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.* ***CUARTO:*** *CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.* ***QUINTO:*** *DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.* ***SEXTO:*** *La COSTAS estarán a cargo de PROTECCIÓN S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente de conformidad con lo indicado en la parte motiva.* ***SÉPTIMO:*** *(Se cortó) En el numeral séptimo solamente dije que debía remitirse el proceso en COLSULTA a favor de COLPENSIONES.*" (Audiencia virtual del 18 de enero de 2022 – archivo B4 Hora 1:10:02).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia. Considera que no obra prueba alguna que demuestre la presencia de un vicio del consentimiento y que el error de derecho no le resta eficacia al acto jurídico. Indica que a partir de la interpretación dada al artículo 1604 del Código Civil se impone en cabeza de los fondos una responsabilidad objetiva que no existe y una carga probatoria que le resta esfuerzo procesal a la parte actora quien tenía el deber de asesorarse. Afirma que el silencio de la demandante en el transcurso del tiempo se entiende como una ratificación tácita de permanecer

en el régimen seleccionado, con lo que saneó cualquier nulidad que hubiese podido existir, no siendo la cuantía de la pensión una razón para declarar ineficaz su traslado. Sostiene que de mantenerse la sentencia, en últimas, será el patrimonio público el que pagará la pensión que llegaré a percibir la parte demandante[1] (Audiencia virtual del 18 de enero de 2022 – archivo B4 Hora 1:13:18).

---

[1] *"Si señora. Gracias señora Juez, siendo el momento procesal oportuno me permite presentar recurso de apelación en contra de la decisión tomada por esta sede judicial con el fin de que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la decisión tomada por este despacho y en su lugar absuelva a mi representada teniendo en cuenta que sobre el vicio de consentimiento entre el expediente no obra prueba alguna que demuestre que se, que esté presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil: Error, fuerza o dolo. Ahora bien, nos encontramos frente a una o un error de punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que es aquel por esencial, afecta la validez del acto y lo condena en su anulación o recisión judicial. Dentro de los fallos relacionados con traslado del régimen la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no existe, no exige el demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; pero si obliga a que todo, a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un mero esfuerzo procesal en cabeza el demandante. Dicha apreciación que quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez que la responsabilidad objetiva que exige la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño, este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen, dado que los potenciales pensionados cuentan con deber de asesorarse. Igualmente existen obligaciones legales recíprocas en el sentido del Decreto 2241 del 2010, qué establece el régimen de protección al consumidor financiero, determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones: "Artículo 4: Deberes. Los consumidores financieros al Sistema General de Pensiones tendrán los siguientes deberes en los que sea pertinente: Primero, informarse adecuadamente las condiciones del Sistema General de Pensiones del nuevo sistema de administración, de multi fondos y de las diferentes modalidades de pensión. Segundo, aprovechar los mecanismos de divulgación de información y de capacitación para conocer el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y los derechos y obligaciones que les corresponden." De conformidad con la anterior normativa, existen unos deberes mínimos, en cabeza de los afiliados del Sistema General de Pensiones, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo ahí que entenderla como una decisión concerniente permanecer en el régimen seleccionado y como en el testimonio se indicó, lo indicó la demandante, sólo hasta el momento de reclamación de la pensión es que ella está interesada en retornar a COLPENSIONES. Por lo cual me permitió también traer a colación la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá 201844501 del 30 de julio de 2020, el Magistrado ponente David Correa:" Existe un criterio jurisprudencial mayoritario, unificado en el órgano de cierre, en el, en relación con la temática que absorbe el conocimiento de esta sala. Por lo que, lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que su elección dependerá de su futuro pensional, puesto que decidió voluntariamente cambiarse de régimen contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la ley 797 del 2003, antes de que le faltarían 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional. Si en gracia discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado del régimen, ocurrió en el mínimo, tuvo que ser advertido en esta oportunidad ante la información brindada. Por lo que indefectiblemente a partir de esta fecha debía contarse con el plazo de cuatro años, con el que contaba el afiliado, para pedir la rescisión del acto jurídico del traslado, de conformidad*

PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. en la alzada, en similares términos, piden que se revoque la orden de trasladar los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, por tratarse de descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993, aplicables en ambos regímenes. Los primeros retribuyen la gestión realizada por esa administradora por lo que su devolución constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pues no se trata de dineros destinados a financiar la prestación por vejez de la demandante. Los segundos fueron pagados a una aseguradora que resulta ser un tercero de buena fe que no intervino en el acto que se declara ineficaz.

---

con lo dispuesto en artículo 1750 del Código Civil; y como no lo hizo ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que sanea cualquier nulidad que hubiese podido existir. Así las cosas, no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas, por ende, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación." Es por estos anteriores argumentos, Honorables Magistrados, que solicito sea revocada la decisión tomada de acuerdo a que no hay lugar a declarar nulidad o ineficacia del traslado y en su lugar se absuelva a mi representada de toda condena impuesta, teniendo en cuenta que en último será el patrimonio público del cual se entre a pagar la pensión que llegaré a percibir la parte demandante, ya que su ahorro, que se hizo de manera individual, no ayuda a financiar las pensiones de los demás afiliados del Régimen de Prima Media y su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión. Muchísimas gracias y así dejo sustentado mi recurso de apelación."

Aseguran que sobre estos recursos opera la prescripción[2] [3](Audiencia virtual del 18 de enero de 2022 – archivo B4 Hora 1:18:26 y 1:22:12).

---

[2] *"Gracias señora Juez, me permito interponer el recurso de apelación de manera parcial frente a la condena a la sentencia anteriormente proferida, perdón, anteriormente proferida por el despacho en lo referente a que se condena a PROTECCIÓN al traslado de las comisiones de administración y las primas de seguros previsionales. La comisión de administración y la prima del seguro previsional son descuentos autorizados previamente en la Ley 100 de 1993, en su artículo 20 modificado por el artículo séptimo de la Ley 797 del 2003, qué facultad y autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones. El mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional, y operan en ambos regímenes, tanto en el Régimen de Ahorro Individual como en el Régimen de Prima Media. Obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de Ahorro Individual de la parte demandante, donde se muestra que sus aportes obtuvieron unas ganancias, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por mi representada. Con la condena de primera instancia condena a mi representado a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y, adicionalmente, lo descontado por comisiones de administración se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor del COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN; por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a competiciones. Asimismo, el Decreto 2555 del 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por las AFP, vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que es preciso poner de presente que esta entidad, en concepto del 17 de enero del 2020, indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad o ineficacia de la afiliación debe darse aplicación al artículo séptimo del Decreto 3995 del 2008, perdón, que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración realizada y desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan a la administradora ¿?. En igual sentido, la Superintendencia Financiera de Colombia considera que tampoco debe trasladarse la prima de seguro previsional en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Frente a la prima del seguro previsional, se debe manifestar que está ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos e inclusive la mencionada prima ya fue pagada 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 en el contrato suscrito entre la demandante y PROTECCIÓN. Finalmente, es de resaltar que frente al cobro del 3% destinado para la comisión de administración y financiar las primas del seguro provisional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por lo, por vejez, por lo que son conceptos que si prescriben de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del Código Sustantivo de Trabajo, en armonía con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que establecen que en el transcurso del tiempo, en un lapso de 3 años, hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado, lo que debe afectar todas y cada una de las reclamaciones formuladas. Dejo de esta manera sustentada mi recurso de apelación, muchas gracias señora Juez."*

[3] *"Muchas gracias su Señoría, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal - Sala Laboral para que se revoque de forma parcial el fallo proferido, en el numeral tercero específicamente, en el cual me permitió sustentar así. Señores*

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*

Magistrados, les pongo a su consideración que, si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción, como el a quo o los argumentos que ha manifestado el Honorable Tribunal en diferentes salas, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva, ya que se deben analizan las circunstancias de cada caso en concreto. Y es por eso que indicamos que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 del 93, también el Régimen de Prima Media se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia; dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción. Además, es necesario resaltar que, para la Superintendencia Financiera de Colombia, que indicó en el 2020 de forma expresa en que los eventos en los que proceda la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración. Es por eso, señores Magistrados, que deberá declararse la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración, primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual de la afiliada o sus rendimientos financieros por cuanto estos valores no corresponden a los afiliados en ninguno de los 2 regímenes pensionales, en cuanto no financia la prestación de vejez no puede predicarse su imprescriptibilidad, característica de la que goza el derecho pensional. De manera entonces, considero que los supuestos sobre los cuales se condenaron a mi representada en este numeral no se encuentran acreditados y en consecuencia solicitó de manera muy respetuosa al Honorable Tribunal. revocarla en esta parte, muchísimas gracias su Señoría."

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 laborado por 916,71 semanas[4], para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de servicios (tenía 12 años, 9 mes y 18 días)[5], y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver folio 5 archivos A1).

[4] Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo A5 folios 172 a 177.

[5] *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 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 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*

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

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

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 una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no 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. Allí indicó que al momento de su traslado, en una de las reuniones que realizaban esporádicamente en la empresa donde trabajaba, un asesor le afirmó que el seguro social se iba a terminar por lo que se perderían los aportes que tenía ahorrados y, que al pasar del Estado a una institución privada, la atención y las mesadas pensionales serían mejores. (Audiencia virtual del 18 de enero de 2022 – archivo B4 Min. 12:52).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia o los posteriores traslados en dicho régimen, y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCION S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de PORVENIR S.A. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[8], los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

COSTAS de segunda instancia a cargo de PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.

---

[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".*

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE ELSA MARÍA RÍOS MAHECHA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 31 de marzo de 2022 por el Juez Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

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

se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS efectuado en mayo de 1999, con fundamento en que se la indujo a error al no suministrársele información acerca del capital necesario para el reconocimiento pensional ni efectuar una proyección, se limitaron a señalar que el ISS se liquidaría y perdería su pensión, sin informarle acerca del derecho de retracto ni las consecuencias legales de su decisión. Realizados los cálculos correspondientes, previo a la presente acción, evidenció que la mesada en el RPM sería mucho mayor a la del RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte el traslado en COLPENSIONES, y se ordene a la AFP el traslado de todas las sumas de dinero que se encuentren en su cuenta de ahorro individual (ver demanda en archivo 02 folios 1 a 7).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría objetiva, íntegra y clara acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RBPM, las normas que regulan el traslado y los parámetros para *determinar* el valor de las mesadas sin crear falsas expectativas, con la posibilidad de auméntalas con aportes voluntarios y los rendimientos financieros. En consecuencia, se suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria, según las normas legales vigentes para le época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. La demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como lo fue el no manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento con base en la variación del monto de su mesada

pensional. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, no es procedente la devolución de gastos de administración ni de alguna suma a título de perjuicio o detrimento de los aportes, pues, por el contrario, éstos generaron rendimientos mientras estuvieron en su poder, con los cuales se efectuó su traslado a la actual administradora a la que se encuentra afiliado el actor. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, *buena fe*, *prescripción*, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones*, *reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*, *inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe* e *innominada o genérica* (ver contestación en archivo 08 folios 1 a 26).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, o el ejercicio de fuerza o dolo por parte de la AFP, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto o efectuar el traslado previo a encontrarse incursa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Lo solicitado contraviene el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Por último, resaltó que la acción se

encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*, *descapitalización del sistema pensional*, *inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida*, *prescripción de la acción laboral*, *caducidad*, *inexistencia de causal de nulidad*, *saneamiento de la nulidad alegada*, *no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público* e *innominada o genérica* (ver contestación en archivo 10 folios 2 a 43).

Terminó la primera instancia con sentencia de 31 de marzo de 2022, mediante la cual el Juez Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Resaltó que no prospera la excepción de descapitalización del sistema pensional, conforme al cálculo de rentabilidad allegado por COLPENSIONES. Finalmente, señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional de la afiliada. No son sables las restituciones mutuas reclamadas, pues la demandante no tiene los dineros de los aportes a su disposición.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: La señora ELSA MARÍA RÍOS MAHECHA con la AFP PROTECCIÓN el 1° de junio de 1999 contenido en el formulario 5087092. SEGUNDO: ORDENAR PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN a devolver todos los gastos de administración, comisiones o cualquier descuento que hubiese hecho de los aportes pensionales de la demandante mientras estaba afiliada al fondo privado desde 1999, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al ISS. QUINTO: Dadas las resultas del proceso, se DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN. SEXTO: Las COSTAS son a cargo de PROTECCIÓN. Las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en 2 SMLMV al momento del pago. No hay lugar a condena en costas contra COLPENSIONES. SÉPTIMO: Ordénese la CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, como entidad garantizada por la Nación. Y a fin el Superior revise la legalidad de lo decidido."* (Audiencia virtual del 31 de marzo de 2022 – archivo 19 Hora 1:06:44).

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES a través de su apoderada presentó recurso para que se revoque la decisión, por considerar que el precedente de la Corte Suprema de Justicia se debe aplicar en cada caso y no e4s aplicable en el presente, pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía derecho adquirido alguno. No se demostraron los aducidos vicios del consentimiento, sino que se evidenció en la suscripción del formulario de afiliación al RAIS. No es procedente un eventual reconocimiento de vejez. En caso de confirmar, se debe retornar la totalidad de la cotización, esto es, recursos cuenta de ahorro, cuotas para pensión mínima, seguros previsionales, rendimientos, gastos destinados para administración, sin que se pueda descontar ninguna suma de dinero por parte de la AFP, debidamente indexados. Solicita se confirme la no condena en costas por ser la entidad ajena al traslado (Audiencia virtual del 31 de marzo de 2022 – archivo 19 Hora 1:08:22).

En recurso, PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que lo descuentos por gastos de administración se efectuaron conforme a las normas vigentes y fueron pagadas y gastadas en la gestión de los dineros que dieron como resultado los rendimientos generados, por lo que su devolución implicaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, entidad que también los habría descontado, pero que no ha ejercido la administración correspondiente. Entender que los mismos se cobran como un perjuicio, sin que se evidencie un daño causado por dicha entidad. Al tratarse de valores ajenos a la pensión, son susceptibles de prescribir (Audiencia virtual del 31 de marzo de 2022 – archivo 19 Hora 01:10:33).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 33 años de edad y había cotizado 673,71 semanas[1], para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 11 meses y 8 días)[2], y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 54 años de edad – ver archivo 01, archivo 02 folio 46 y archivo 09 folio 7 y 69).

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

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

[1] Ver historia laboral actualizada de Colpensiones en archivo 02 folios 10 a 15, archivo 09 folios 1 a 6 y 33 a 38 y archivo 10 folio 44 a 49.

[2] *Ibídem*.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *"(…) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que*

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

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

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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) 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, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó que su traslado se dio en 1999 a raíz de la fusión de la entidad con la que trabajaba y el grupo empresarial que incluía a la AFP PROTECCIÓN S.A., por lo que se les *pidió* afiliarse a ésta, sin leer los formularios ni recibir asesoria. Sólo hasta el año 2019 en una reunión en su nuevo lugar de trabajo, conoció su calidad de *prepensionada* y que no se pensionaría igual en el RAIS que en RPM (Audiencia virtual del 19 de noviembre de 2021 – archivo 19 Min. 11:30).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*"

-ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación de la actora, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL4360 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 1993[5], este porcentaje hace parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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 definir la

---

[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".*

ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de aquella, como quiera que al respecto se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia que informó a dicha entidad que podría obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de 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.

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

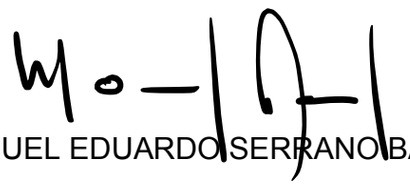
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE OSCAR RAMÍREZ MARÍN CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 el recurso de apelación interpuesto COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en su favor, la sentencia dictada el 3 de febrero de 2022 por el Juez Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual se DECLARÓ VÁLIDO el traslado realizado por el demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) al régimen de prima media con prestación definida (RPM) el 22 de agosto de 2012.

Téngase al doctor JHEISSON SANTIAGO GARZÓN PIAMONTE identificado con T.P. 277.810 del C. S. de la J. como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal (ver archivo 9 del expediente digital, trámite de segunda instancia).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OSCAR RAMÍREZ MARÍN presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare, principalmente, la validez de la afiliación realizada al ISS el 22 de agosto de 2012 y en consecuencia, ordenar a PORVENIR trasladarlo a COLPENSIONES y a esta última, tenerlo como su afiliado y computar y consolidar las semanas cotizadas. En subsidio, pide se declare la ineficacia de la afiliación efectuada a PORVENIR en el año 1995 y la subsiguiente vinculación con HORIZONTE, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca del as ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones y, en especial sobre su situación personal y concreta. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se tenga como afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado.

En sustento de sus pretensiones afirma que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 12 de marzo de 1979 y el 10 de julio de 1995 se trasladó al RAIS, mediante vinculación a PORVENIR; luego, a finales del año 2002 suscribe formulario con HORIZONTE. Asevera que el 22 de agosto de 2012, a través de la Procuraduría General de la Nación como su empleadora, se trasladó nuevamente al régimen de prima media, momento para el cual le faltaban 11 años para cumplir la edad de pensión y a partir del cual continuó efectuando sus aportes al Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones; sin embargo, estas últimas fueron trasladadas a PORVENIR bajo la observación "*aportes devuelto por estar vinculado a Porvenir",* situación que ninguna le fue informada (ver demanda archivo No. 2 del expediente digital).

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

Así, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, tanto principales como subsidiarias. Frente a las primeras, refiere que dentro del expediente únicamente obra copia simple de un *presunto formulario diligenciado ante el ISS,* prueba que no puede constituirse como tal para acreditar la vinculación puesto que "*no está desprovisto de autenticidad",* ya que carece de firma de la persona que lo elaboró y que constituye un requisito de configuración de los documentos públicos. Por ello, dice, el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS, régimen al que se vinculó por última vez el 15 de noviembre de 2002. Con relación a las segundas aduce que en el plenario no existe prueba alguna de que efectivamente al demandante se le indujo en error por falta al deber de información o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento y por el contrario, se observa que la afiliación se hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones; además, el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y está inmerso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones de mérito la de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; Falta de competencia de Colpensiones ante la inexistencia de afiliación e improcedencia de la aplicación del régimen de transición; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* y la innominada o genérica (ver contestación archivo No. 9 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se resistió a la prosperidad de las aspiraciones del libelo genitor dirigidas contra esa entidad. En lo que toca a las pretensiones principales, sostuvo que esa AFP no cuenta con ninguna solicitud de traslado al ISS en el tiempo en que el demandante se encontraba habilitado para solicitarlo y, en esa medida, resulta improcedente declarar la

validez de una afiliación de la cual no tuvo noticia. Respecto de las subsidiarias, por su parte, aseguró que el traslado de régimen pensional efectuado por el convocante a través de esa sociedad es completamente válido, por cuanto le brindó información pertinente y necesaria en los términos del artículo 30 del Decreto 663 de 1993, precisando que solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015, y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, de hecho, el deber de explicarles las consecuencias del traslado nació solo a partir del inciso cuarto del artículo 3 de la segunda disposición referida. En todo caso, asevera, el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación y el formulario de afiliación no puede ser considerado como un requisito formal o una manifestación vacía sin ninguna consecuencia, por cuanto corresponde a una exigencia normativa, aun cuando se trata de un formato pre impreso. Afirma que no toda omisión en el deber de informar afecta el consentimiento, que el demandante también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias y tuvo varias oportunidades para trasladarse de régimen y no lo hizo. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación y *prescripción de la acción de nulidad* (Ver contestación archivo No. 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 3 de febrero de 2022, mediante la cual el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ VÁLIDO el traslado realizado por el demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) al régimen de prima media con prestación definida (RPM) el 22 de agosto de 2012 y ordenó a PORVENIR trasladar todos los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor a COLPENSIONES. Para tomar su decisión, el Juez determinó que el traslado del demandante al RPM fue válido como quiera que manifestó su voluntad de retornar cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad pensional, llevaba más de 5 años en el RAIS

y, para esa época, no se requería la doble asesoría, cumpliendo con ello los requisitos legales para tal fin, evidenciándose, por el contrario, una omisión de la administradora de darle trámite a la solicitud de traslado pese a cumplir las condiciones para ello.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la validez de la afiliación y traslado realizado por el señor demandante OSCAR RAMÍREZ MARÍN del régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, el día 22 de agosto de 2012 contenida en el formulario No. 021342. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor OSCAR RAMÍREZ MARÍN dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir al señor demandante sin solución de continuidad como afiliado al régimen de prima media con prestación definida al demandante (sic) desde su afiliación inicial al ISS. CUARTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR. QUINTO: Las COSTAS son a cargo de los fondos demandados. Las agencias en derecho se pactan a favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES en 4 SMLMV al momento del pago y a cargo de PORVENIR en 2 SMLMV al momento del pago. SEXTO: ORDÉNESE la CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, como entidad garantizada por la Nación, ante el Superior y a fin que se revise la legalidad de lo decidido"* (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2022, récord 1:21:46, archivo No. 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES asegura que la carga de probar los vicios del consentimiento correspondía a la parte actora, no siendo suficiente su simple

afirmación, resultando imposible para el fondo acreditar las circunstancias que rodearon el traslado de régimen porque no era obligatorio dejar un registro documental. Además, asevera que el traslado del convocante afecta la sostenibilidad financiera pues se trata de una persona que permaneció por más de 25 años en el RAIS. Por otra parte, sostiene que esa entidad refirió los motivos por los cuales rechazó la solicitud de traslado, contra los cuales no se presentó ningún recurso, lo que impedía acoger la pretensión del actor y que las costas constituyen un detrimento patrimonial[1] (Audiencia virtual del 3 de

[1] *"Muchísimas gracias doctor, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, procedo a presentar recurso de apelación sobre el fallo proferido de hoy. En cuanto a las consideraciones expuestas por el señor juez sobre la carga de la prueba, tendemos que el artículo 167 indica que la carga de la prueba le incumbe a las partes si quieren probar el supuesto de hecho en cuanto a esta afirmación el honorable tribunal de Bogotá en varios pronunciamientos como en la sentencia con radicado 19 2015 019 del 10 de octubre de 2017 dice que "la carga de la prueba en este tipo de procesos los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostradas por las partes que los alegan y de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo, lo anterior que es de conformidad con el artículo 167 del CGP, las partes tienen la obligación de probar los supuestos fácticos e interponer sus alegaciones según el extremo que ocupan. En el mismo sentido la sentencia con radicado 07 de 2015 0822 01 del 25 de octubre de 2017 del tribunal superior de Bogotá con ponencia del Magistrado Manuel Serrano Baquero en la que manifestó sobre los vicios del consentimiento que ella manifestó suscribir el del traslado de régimen por error inducido o por dolo, estima la sala que no se aportaron las pruebas pertinentes suficientes por quien tenía la carga procesal, la parte demandante al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP. Se debe recordar además que frente a los argumentos expuestos en esta audiencia, que las consecuencias del traslado de régimen se establecen claramente y para ello cualquier duda interpretativa constituye un error de derecho que no tiene alcance de viciar el consentimiento según el artículo 1509 del CC no son aplicables para las personas que como la demandante realizaron traslados sucesivos en diferentes administradores conforme a la jurisprudencia atrás citada le compete aquí al demandante demostrar los vicios del consentimiento aquí alegados y no basta la simple afirmación del demandante. Cabe advertir que resulta desproporcionado colocar la carga de la prueba en la AFP en caso particular de Colpensiones y que en los casos que se ha declarado la nulidad la más afectada en lo atiente al sistema de sostenibilidad pensional, máxime cuando la afiliación se dio hace tantos años y han transcurrido más de 25 años a la fecha como configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, por lo cual es completamente aplicable en estos casos el principio que reza nadie está obligado a lo imposible, luego entonces el argumento elevado en su pretensión de haber sido engañado por los asesores de la AFP del fondo privado en los cuales ha estado afiliado de conformidad con los dispuesto en el artículo 1517 CC y 167 del CGP le corresponde la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en el presente caso. De igual manera y las consideraciones realizadas por el despacho se indica que fue error de mi representada al no haber aceptado al demandante, se debe indicar que mi representada realizó el rechazo por los motivos por los cuales no podía ser aceptado en ese momento para lo cual debía haber hecho uso de su recurso de apelación o reposición sobre el mismo por lo cual no hizo, por lo cual no era completamente razonable que mi representada no hubiese acogido dicha pretensión. De la misma razón con la condena en costas y agencias en derecho se procede a hacer un detrimento patrimonial al fondo, por lo anterior le solicito a los Honorables magistrados de la sala laboral de Bogotá se revoque la sentencia y se absuelva a mi representada en cada uno de los numerales, gracias".*

febrero de 2022, récord 1:23:30, archivo No. 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le 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 el Tribunal confirmará la decisión de primer grado que declaró la validez del traslado efectuado por el demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, mediante afiliación realizada al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES el 22 de agosto de 2012 (ver folio 14, archivo No. 1 del expediente digital), como quiera que se advierte de las pruebas aportadas al expediente que para dicha calenda, al actor le faltaban más de 10 años *"para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez"*[2] -62 años[3] - (tenía 51 años de edad –ver página 12 archivo No. 1 del expediente digital) y había permanecido en el régimen de ahorro individual por más de 5 años (su última afiliación válida al RAIS fue el 15 de noviembre de 2002, pues la efectuada en el año 1995, fue sometida a proceso de multiafiliación, determinándose que estaba válidamente vinculado al Instituto de Seguros Sociales, porque la afiliación a PORVENIR *no se produjo dentro del plazo que establece la Ley para que opere el traslado* - archivo No. 27 del expediente digital).

Por ello era viable y válido su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Ahora, aunque en el recurso COLPENSIONES sostiene que notificó al demandante la causal de rechazo, determinación frente a la cual, asegura,

[2] Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.
[3] Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, los cuales cumpliría el 23 de febrero de 2022.

debió interponer los recursos correspondientes, lo cierto es que, de una parte, en el plenario no hay elementos probatorios que den cuenta que se comunicó al actor alguna decisión frente a su solicitud de retorno al RPM, por el contario, se advierte que solo en virtud del requerimiento efectuado por el *a quo* esa entidad pone de presente que "*el Traslado remitido bajo novedad 204, por el ISS fue rechazado con respuesta: 887 – Afiliado en proceso de reconstrucción. Es así como, la validación de los requisitos de cumplimiento para el traslado de régimen, es efectuada por la AFP a la que se encuentre afiliado el ciudadano, por lo tanto, la aprobación o rechazo del traslado lo determina dicha entidad, y teniendo en cuenta la novedad de rechazo citada, se procede a* ***remitir nuevamente*** *la solicitud de traslado a la AFP Porvenir, para que proceda con la respuesta respectiva";* de allí se infiere que trasladó la petición a PORVENIR, AFP que, de hecho, niega haber conocido la misma. De otro lado, aun cuando se hubiere notificado la decisión de la administradora sin que se interpusieran los medios de impugnación correspondientes –de proceder-, esa circunstancia no daría lugar a la negativa de las pretensiones del actor, pues el agotamiento de la vía gubernativa, en asuntos como el de autos, no constituye un requisito de procedibilidad.

Las situaciones descritas además, derruyen la posición asumida por COLPENSIONES frente al valor probatorio del formulario de afiliación aportado por el accionante con la demanda (página 14), en la que desconocía la autenticidad del sello de recibido impuesto por el ISS.

Por otro lado, el Tribunal no estima pertinente referirse a los argumentos de la alzada respecto a la prueba de los vicios del consentimiento, pues la determinación contenida en la sentencia recurrida no tuvo como fundamento la ineficacia o nulidad del traslado.

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

(ver contestación archivo No. 9 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COSTAS en la apelación a cargo de COLPENSIONES.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

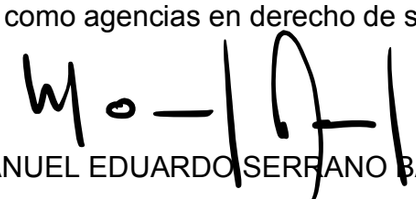
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

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