

EXP. 00 2023 00561 01
Aura Emma Salazar Morales contra Nueva EPS S.A. J 2020-0455

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR AURA EMMA SALAZAR
MORALES CONTRA NUEVA EPS S.A. – J 2021-0679**

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Se resuelve el recurso de apelación propuesto por la apoderada de la parte demandada NUEVA EPS, contra el fallo dictado el 29 de septiembre de 2022 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud. En dicha sentencia se condenó a la EPS accionada a reembolsar a favor de la masa sucesoral de la demandante, la suma de \$52.111.464 con los que sufragó los medicamentos *prembrolizumab*, *pemetrexed* y *becacizumab*, requeridos para el tratamiento de un cáncer de pulmón.

ANTECEDENTES

AURA EMMA SALAZAR MORALES, a través de apoderado judicial, elevó solicitud ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD para que, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ordene a la NUEVA E.P.S, el reembolso de \$52.111.464 (suma superior a 20 SMLMV en la fecha de presentación de la demanda¹) que pagó por el procedimiento de inmunoterapia con *pembrolizumab* y por los medicamentos de *carboplatino*, *penetrexed* y *bevacizumab* que le fueron ordenados para el tratamiento de cáncer de pulmón estadio 4.

¹ \$17.556.040 (SMLMV del año 2020: \$877.802).

Como fundamento de sus pretensiones afirma que está afiliada a la NUEVA EPS y a COOMEVA MEDICINA PREPAGADA, tras radiografía de tórax y los resultados de biopsia fue diagnosticada con cáncer de pulmón estado IV (*adenocarcinoma*) por un neumólogo de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA. El 24 de octubre de 2019 fue valorada por el médico oncológico Carlos Ortiz, especialista de la Clínica el Country, quien ordenó una serie de pruebas histológicas para evaluar *biomarcadores del tumor*, una resonancia magnética cerebral y un *TAC con medio de contraste* a efectos de establecer el mejor tratamiento, los cuales fueron autorizados por su plan de medicina prepagada y realizados en un plazo de 14 días. Refiere que, antes de iniciar cualquier otro tratamiento, fue remitida al doctor ARMANDO GAITÁN, especialista oncólogo radioterapeuta, debido a que en la resonancia se encontró una *única metástasis cerebral*, quien la atendió el 19 de noviembre de 2019 y ordenó una *sesión de radiocirugía estereotáxica*, procedimiento que fue igualmente autorizado y realizado por COOMEVA MEDICINA PREPAGADA. Asegura que, finalizada la radioterapia, el 16 de diciembre de 2020 se le formuló tratamiento de *inmunoterapia* por medio del medicamento *PEMBROLIZUMAB* (2 miligramos por kilo y cada ciclo con duración de 21 días a tiempo indefinido) ya que el tumor presentaba un *biomarcador PDL1 positivo*, el cual, de acuerdo al concepto del médico tratante, debía ser iniciado de manera inmediata por ser el mejor tratamiento para salvar su vida. Refiere que COOMEVA MEDICINA PREPAGADA se negó a autorizar el tratamiento debido a que el medicamento formulado no estaba cubierto por dicho plan y la remitió a la EPS. Sostiene que el 16 de diciembre de 2019, la NUEVA EPS le indicó que su médico tratante podía utilizar la herramienta MIPRES para solicitar el medicamento y ver si era posible que se lo aplicaran en la Clínica del Country –lo cual se gestionó el 17 siguiente- pero también le dijo que debía someterse a una nueva valoración con un médico oncólogo de la red de prestadores de esa EPS por lo que la remitió a la IPS CAFAM GRANADA HILLS para continuar allí su tratamiento oncológico. Advierte que en la IPS CAFAM fue atendida por un médico general quien, luego de verificar su historia clínica creó una orden de remisión para que la vea un especialista en oncología. Señala que el 18 de diciembre de 2019 radicó ante la EPS la orden

de remisión a oncología para su autorización, pero allí le informaron que deben esperar al llamado para la asignación de la cita. Señala que, como no recibió la autorización del tratamiento por parte de NUEVA EPS y debido a la urgencia por su dolor físico, el 20 de diciembre de 2019 decidió iniciar el tratamiento de manera particular en la Clínica el Country, donde el costo del medicamento ascendió a \$12.531.700. Asevera que el 7 de enero de 2020, en consulta de control, se le formuló un nuevo ciclo de inmunoterapia con *PEMBROLIZUMAB*, por lo que en esa fecha se comunicó nuevamente con la EPS demandada con el fin de indagar sobre la remisión a oncología, pero allí se le informó que *“no parece ninguna solicitud de remisión a oncología en el sistema para la paciente y que se diría a la oficina a ver qué pasó”*. También preguntó por la solicitud del MIPRES el *PEMBROLIZUMAB* y recibió un correo en el que se le indicó que todavía estaba en trámite. Refiere que el 11 de enero de 2020 inició su segundo ciclo de inmunoterapia con el medicamento ordenado, por lo que, ante la falta de respuesta de la EPS, nuevamente canceló la suma de \$12.531.700. Relata que durante el tratamiento desarrolló una reacción de hipersensibilidad al medicamento, por lo que su médico tratante decidió suspender la administración. Menciona que el 15 de enero de 2020 se acercó nuevamente a la oficina de NUEVA EPS para exigir la cita con la especialidad de oncología y, al no obtener respuesta, radicó un derecho de petición ante la EPS accionada haciendo la solicitud. Asegura que el 20 de enero de 2020 le fue administrado el tercer ciclo de *pembrolizumab* lo que implicó cancelar nuevamente la suma de \$12.531.700, tratamiento que fue suspendido al desarrollar otra vez una reacción de hipersensibilidad. Indica que el 22 de enero de 2020 el galeno Carlos Ortiz decidió cambiar el tratamiento a quimioterapia con los medicamentos *CARBOPLATINO*, *PEMETREXED* y *BEVACIZUMAB* con las premedicaciones necesarias para evitar efectos secundarios. De esta nueva formulación, COOMEVA autorizó únicamente el *CARBOPLATINO* debido a una cláusula de exclusión frente a los demás. Comenta que en respuesta a su petición, el 7 de febrero de 2020 la demandada le dice que el medicamento MIPRES sigue en proceso, momento para el cual ya no era necesario debido a la suspensión del tratamiento. Dada la falta de respuesta de la EPS, el 10 de febrero de 2020 recibe un ciclo de

quimioterapia cancelando la suma de \$7.528.182. Solo hasta el 22 de febrero de 2020 fue atendida por el médico oncológico de la NUEVA EPS, JUAN ANDRÉS RUBIANO en el Hospital Mayor Méderi en Bogotá quien formuló el mismo tratamiento de quimioterapia que venía recibiendo, orden que entregó a la IPS para su autorización con la EPS. Relata que, como para el 2 de marzo de 2020 aún no se había logrado la autorización de la quimioterapia, asumió de forma particular los medicamentos y canceló \$7.258.182. Aduce que el 6 de marzo de 2020, finalmente, la EPS autorizó el tratamiento formulado por el galeno para los siguientes ciclos de quimioterapia, a partir del 24 de ese mismo mes y año (folios 1 a 8 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 4 de febrero de 2021 la Superintendencia Nacional de Salud admitió la demanda y corrió traslado a la demandada para que la contestara y allegara las pruebas que considerara conducentes y pertinentes (archivo 002 del expediente digital).

Notificada de la demanda, NUEVA EPS contestó la demanda a través de apoderado judicial. Aceptó la afiliación de la demandante a esa entidad. Los demás hechos los negó o dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que no se reunieron los presupuestos legales que justifiquen la procedencia del reembolso. Asegura que el reporte del medicamento *PEMBROLIZUMAB* en el aplicativo MIPRES fue realizado por un médico no adscrito a su red de prestadores, razón por la cual no tuvo noticia para proceder a autorizarlo, situación que, asegura, es un *requisito de procedibilidad* para que esa entidad pueda recobrar los recursos que invierta. Adicionalmente indica que la Clínica del Country S.A. no prescribió los medicamentos *Pemetrexed* y *Bacacizumab* a través del MIPRES, de conformidad con los parámetros establecidos en la Resolución 1885 de 2018, razón por la cual considera que la responsable de la autorización y suministro de los medicamentos era COOMEVA MEDICINA PREPAGADA con cargo al contrato No. 204128 suscrito en el año 1996, por ende esa EPS carece de legitimación en la causa por pasiva. De otro lado, sostiene que el reembolso

corresponderá a las tarifas establecidas por el Ministerio de Salud para el sector público, según el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, por lo que las facturas cobradas deben ordenarse según el tarifario SOAT. Indica que la demandante solo demostró haber agotado el trámite para el medicamento *PEMBROLIZUMAB* el cual no es financiado con cargo a la UPC, y omitió la carga de probar que su médico tratante agotó el trámite impuesto en la Resolución 1885 de 2018. Asegura que no se trata de atención inicial de urgencias, no se configuró una incapacidad o negativa injustificada o negligencia demostrada de esa entidad, y no autorizó los servicios cuyo reembolso se demandan pues no fue notificada de los procesos de atención que tuvieron lugar en la Clínica del Country en tanto se brindaron por atención al convenio con Coomeva Medicina Prepagada y las ordenes médicas fueron entregadas para transcripción solo hasta el 28 de febrero de 2020, por ello no hay lugar al reembolso. Asevera que garantizó la prestación de los servicios que la demandante ha solicitado y que fue una decisión unilateral acudir como paciente particular a la IPS que la venía tratando por cuenta de la medicina prepagada. En su defensa propuso como excepciones: *falta de legitimación en la causa por pasiva – Medicamento no POS, cobro tarifario SOAT, incumplimiento de requisitos legales para el suministro de medicamentos no financiados con cargo a la unidad de pago por capitación del régimen contributivo, inexistencia de la obligación a cargo de la Nueva EPS, ausencia de soportes probatorios de las pretensiones, límite al derecho a la libre escogencia de la IPS, los recursos de la salud tiene un carácter limitado y una destinación específica, buena fe y la genérica* (ver contestación folios 1 a 21 archivo 003 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la instancia con sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, quien accedió a las pretensiones formuladas en la demanda y negó la integración del litisconsorte con COOMEVA MEDICINA PREPAGADA. Para tomar su decisión concluyó, frente a la integración de COOMEVA, que el usuario es libre de escoger entre el plan obligatorio y el plan voluntario de salud

“sin que cada una de ellas pueda escudar su responsabilidad en la otra” y atendiendo esa libertad de escogencia, no advertía necesaria la participación de la empresa de medicina prepagada por ser *consustancial*, lo que le permitía pronunciarse sobre la obligación que se demanda a cargo de la EPS. Consideró, de acuerdo con las documentales aportadas al plenario y teniendo en cuenta la valoración documental efectuada por la médica de esa Superintendencia, que la demandante requería unos medicamentos para tratamiento oncológico que fueron *inoportunamente gestionados* para su cubrimiento por parte de NUEVA EPS, forzando a la usuaria a asumir su costo con miras a combatir el cáncer de pulmón que la aquejaba. Además, concluyó que el manejo para tratar su patología, ordenado por los médicos tratantes no adscritos a la red de prestadores de NUEVA EPS, no fueron objetados por el oncólogo tratante que sí era de la red, quien por el contrario dio continuidad al tratamiento, sumado a que la demandada desde el 17 de diciembre de 2019 conoció del diagnóstico de la actora y del manejo que venía recibiendo, y se negó a entregar los medicamentos por no estar cubiertos en el PBS y no registrarse ninguna solicitud en el aplicativo MIPRES, pese a que para el momento de los hechos, los medicamentos *pembrolizumab*, *pemetrexed* y *Bacacizumab* no hacían parte del listado de exclusiones del plan de beneficios, razón por la cual debió suministrarlos al existir prescripción médica y no suspenderlos por barreras administrativas, máxime cuando se trataba de una persona en estado de vulnerabilidad o sujeto de especial protección constitucional. Respecto a las tarifas SOAT adujo que aceptar la argumentación de la demandada era tanto como aceptar su propia torpeza o culpa. Como la demandante figura como fallecida en el sistema de información del ADRES determinó que los derechos patrimoniales de la causante hacen parte de la masa sucesoral (archivo 008 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La parte resolutive de dicha providencia es del siguiente tenor: “PRIMERO: *RECONOCER* personería al doctor Juan Sebastián Hoyos González, identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.110.452.619 y tarjeta profesional No. 242.077 del Consejo Superior de la Judicatura, como

apoderado judicial de Nueva EPS, en los términos del poder conferido. SEGUNDO: ACCEDER a la pretensión formulada por la señora Aura Emma Salazar Morales (q.e.p.d) en contra de Nueva EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. TERCERO: Ordenar a Nueva EPS, reembolsar a favor de la masa sucesoral de la señora Aura Emma Salazar Morales (q.e.p.d), la suma de cincuenta y dos millones ciento once mil cuatrocientos sesenta y cuatro (\$52.111.464,00), dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. CUARTO: IMPUGNACIÓN la presente sentencia puede ser objeto de apelación para que de ella conozca, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, del domicilio del apelante (...)"

APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, NUEVA EPS la apeló. Afirma que la Superintendencia omitió pronunciarse sobre las pruebas solicitadas y no hizo mención a las razones por las cuales se abstuvo de oficiar a COOMEVA MEDICINA PREPAGADA para que allegara copia de todos los contratos suscritos por la demandante, documentos que –a su juicio- resultaban determinantes para demostrar que el suministro de los medicamentos estaba cubiertos por la póliza y, en consecuencia, a cargo de esa entidad, situación que *vicia de nulidad* el proceso por la causal prevista en el numeral 5 del artículo 133 del C.G.P. Asegura que en el proceso está demostrado *el interés directo* que tiene COOMEVA MEDICINA PREPAGADA y la necesidad de su comparecencia como litisconsorte necesario, al ser evidente que los costos que posiblemente ocasione el pago de los medicamentos debe hacerse con cargo al contrato de seguro No. 204128. Pide que se revoque la orden de reembolso en su contra o, en subsidio, se decrete la nulidad de lo actuado y se ordenen las medidas pertinentes y conducentes para subsanar las omisiones presentadas (archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue motivo de controversia en primera instancia, ni lo es ahora, que AURA EMMA SALAZAR MORALES (Q.E.P.D) estaba afiliada en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud en la NUEVA EPS y que contaba con un contrato de medicina prepagada suscrito con COOMEVA desde el año 1996. Tampoco se discute que la demandante asumió directamente el pago del procedimiento *“inmunoterapia con pembrolizumab y por los medicamentos de carboplatino, penetrexed y bevacizumab”* y pago por ello \$52.111.464,00, cifra a la que accedió el juez de primera instancia y frente a la cual no se presentó reparo.

Atendiendo las materias de apelación, corresponde al Tribunal determinar (i) si existe un *litisconsorcio necesario* en la parte demandada con la sociedad COOMEVA MEDICINA PREPAGADA, y (ii) si NUEVA EPS tiene a su cargo el reembolso de los gastos médicos que se reclaman en la demanda.

(i) Para resolver sobre lo primero, el artículo 61 del CGP dispone la existencia de un litisconsorcio necesario, *cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos*. En esta forma de intervención procesal una de las partes que concurre al proceso judicial (demandante o demandada), se debe integrar *necesaria* en ineludiblemente por un número plural de sujetos pues la decisión judicial que resuelve el fondo de la controversia los afectará uniformemente y no sería posible decidir la controversia sin su presencia.

Con esta premisa normativa y revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó la integración de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA como litisconsorte necesario de la parte demandada, pues la controversia planteada en la demanda que inició el proceso bien se puede resolver sin su presencia, y la decisión que se adopte no la afectará de manera uniforme con la otra demandada.

Al respecto se advierte del artículo 2.2.4.2² del Decreto 780 de 2016, que “*el usuario de un plan voluntario de salud podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el Plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan*” y, en consecuencia, la EPS no desplaza su responsabilidad en la atención médica cubierta por el plan de beneficios en salud por la existencia de un contrato de medicina prepagada.

En este orden de ideas y dado que en la demanda se reclama a cargo de NUEVA EPS el reembolso de los gastos médicos en los que tuvo que incurrir la demandante para tratar su patología de cáncer de pulmón por omisiones que le son atribuibles a esa entidad, no se vislumbra por qué la decisión que resuelve la controversia que se plantea se deba emitir *de manera uniforme* para la demandada y la sociedad a cargo del plan de medicina prepagada, ni que *sea imposible decidir de mérito* sin la comparecencia de esta última al proceso.

No sobra advertir, además, que las controversias relacionadas con el contrato de medicina prepagada son de naturaleza civil e incumben únicamente a las partes que intervienen en dicho negocio jurídico.

(ii) Dicho lo anterior pasa el Tribunal a resolver si la demandada NUEVA EPS tiene a su cargo el reembolso de los gastos médicos que se reclaman en el proceso. Como quiera que la demandada en el recurso de apelación no controvertió ninguna de las conclusiones de la juez de primera instancia sobre la *incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia* que halló demostrada en cabeza de la Entidad Promotora de Salud demandada para garantizar el suministro de los medicamentos requeridos por la demandante en el tratamiento del cáncer de

² “ARTÍCULO 2.2.4.2. DEFINICIÓN DE PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD: Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

El usuario de un plan voluntario de salud podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el Plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.”

pulmón que padecía, pues se limitó a indicar que la obligación estaba a cargo de la medicina prepagada, el Tribunal confirmará su decisión.

Como se dijo, el usuario que goza de un plan de medicina prepagada es libre de escoger entre este o el plan obligatorio de salud, y las empresas que prestan uno u otro servicio no se puedan escudar en la otra para incumplir sus obligaciones.

En el expediente se demostró -además- que la demandante solicitó los servicios médicos requeridos a NUEVA EPS por la negativa de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA a suministrarlos por la exclusión de dichos servicios del plan de medicina prepagada (folios 20 y 21 archivo 001), situación de la cual no surge una exclusión de responsabilidad en la primera, como se sugiere en el recurso.

En todo caso, el material probatorio obrante en el expediente acredita que la EPS demandada no tomó las medidas pertinentes y necesarias para gestionar la realización del procedimiento y la entrega de los medicamentos a la demandante, como era su deber, de lo cual resulta clara su negligencia.

Se demostraron entonces los supuestos normativos para el reembolso de los gastos médicos en los que incurrió la parte demandante, en los términos del literal B del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 por *“incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”*, asuntos sobre los cuales, se reitera, no versaron los argumentos de la apelación (artículo 66A CPL).

No se accederá a la solicitud de nulidad pues no se adviertan omitidas las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, ni que se hubiera omitido alguna que de acuerdo con la ley sea de obligatoria.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandada.

EXP. 00 2023 00561 01

Aura Emma Salazar Morales contra Nueva EPS S.A. J 2020-0455

En mérito de los expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,
D. C.,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ADRIANA MARÍA ROMERO CASTILLO
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS SKANDIA S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA, COLFONDOS, PORVENIR, MAPFRE y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 30 de mayo de 2023 por el Juez Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ADRIANA MARÍA ROMERO CASTILLO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de las afiliaciones al régimen de ahorro individual efectuadas a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, COLFONDOS y SKANDIA, con fundamento en que al momento del traslado no expresó su consentimiento de manera libre, espontánea y sin presiones, al no ser asesorada de manera profesional e idónea sobre el funcionamiento de los fondos. En consecuencia, pide que se ordene a COLPENSIONES incorporar a la demandante como afiliada en su base de datos y recibir de SKANDIA la totalidad de los aportes y rendimientos (ver demanda folios 1 a 29 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que al plenario no se allegó prueba alguna que permita establecer la falta al deber de información por parte de PROTECCIÓN o SKANDIA que hubiese generado un vicio del consentimiento al momento del traslado, por lo que es válida la afiliación al RAIS. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones que denominó *el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, la parte demandante no puede beneficiarse de su culpa y la demandante no sirve de excusa, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica* (ver contestación folios 9 a 27 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

PROTECCIÓN también se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se demuestra con el formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó de forma libre y espontánea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Sostiene que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no es causa de nulidad al estar contemplada en la Ley 100 de 1993. Advierte que la demandante actualmente se encuentra inmersa en la prohibición legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, al estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Presentó como excepciones las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a terceros de buena fe, traslado de los aportes a otra administradora y la genérica.* (ver contestación folios 3 a 24 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la demandante, durante la vinculación al RAIS, tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones de este. Señala que nunca existió una omisión en la información al indicarle a la demandante que podría pensionarse a la edad que quisiera siempre y cuando el capital acumulado, los rendimientos y el bono pensional le permitieran obtener una pensión superior al 110% del SMLMV, y al informarle sobre las características propias del régimen. Afirma que otorgó la información necesaria y suficiente para que se tomara una decisión libre, voluntaria de acuerdo con los requisitos y características vigentes para la

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

época. Sostiene de acuerdo con los documentos aportados, que no se logra acreditar la existencia de algún error, fuerza o dolo. Como excepciones de mérito propuso *prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*. (ver contestación folios 1 a 31 archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS también se opuso a las pretensiones. Afirma que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado de régimen pensional, además de las características, funcionamiento, ventajas, desventajas y diferencias entre el RAIS y el RPM. Asegura que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y con consentimiento expreso como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Indica que no se aportaron elementos probatorios que permitan demostrar que la afiliación se dio bajo algún vicio del consentimiento y que la voluntad de la demandante de permanecer al RAIS se encuentra ratificada con los 20 años de permanencia sin manifestar alguna inconformidad o retorno al RPM. En su defensa propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago*, buena fe y la genérica. (ver contestación folios 1 a 17 archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 6 de julio de 2022 el juez *a quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A. (archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (Archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

del 9 de mayo de 2022 (archivo 22, del expediente digital, trámite de primera instancia).

Enterada de la demanda, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones por cuanto, indica, la obligación estaba a cargo de la AFP que efectuó el traslado de régimen pensional y la afiliación con SKANDIA se dio con posterioridad, por lo que la aseguradora es ajena a cualquier actuación relacionada con el traslado. Señala que el objeto de la póliza fue amparar sumas adicionales para financiar la pensión de invalidez y sobrevivientes sin que se hubiese acordado financiar la pensión de vejez o las incidencias que se generaran. Propuso como excepciones *inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada*, prescripción y la genérica. (Folio 3 a 17 del archivo 21, del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de mayo de 2023, mediante la cual el Juez Primero (01°) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PROTECCIÓN, COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR no garantizaron una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante señora ADRIANA MARÍA ROMERO CASTILLO identificada con la cédula de ciudadanía 32.687.010 a través del fondo administrado por las*

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

sociedades demandadas SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A conforme a lo expuesto en precedencia. SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES autorizar el traslado de la demandante señora ADRIANA MARÍA ROMERO CASTILLO de condiciones civiles indicadas al régimen de prima media con prestación definida en las mismas condiciones pensionales que tenía el momento de haber sido trasladada al RAIS conforme también lo expuesto en la parte emotiva de este pronunciamiento. TERCERO ORDENAR a la demandada SKANDIA S.A, COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A efectuar los aportes y realizarlos en este caso a, la demandante ARIANA MARÍA ROMERO CASTILLO de condiciones civiles indicadas en el régimen de ahorro individual con el traslado de todos los rendimientos, frutos e intereses a que allá lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la aquí demandante sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total y aplicando la correspondiente indexación conforme a los expuesto en la parte motiva de la presente decisión. CUARTO: DECLARAR que 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, conforme a lo expuesto en la parte emotiva de la presente decisión judicial. QUINTO: Dado el resultado de la decisión este despacho judicial dispone absolver de todas y cada una de las pretensiones incoadas a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGURO S.A toda vez que la ineficacia en este caso se está presentando es respecto al fondo SKANDIA S.A y como quiera que en este caso considera este director del proceso no hay lugar a proferir condena alguna en este caso a MAPFRE COLOMBIA VIDA Y SEGUROS S.A y tampoco como se indicó hay lugar a condena en costas teniendo en cuenta los puestos en la parte emotiva de la presente decisión. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas SKANDIA, PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A conforme al resultado de la decisión impartida en sede de instancia teniendo en cuenta lo indicado en la actuación judicial. SÉPTIMO:

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

SIN COSTAS para ninguna de las partes en la presente instancia conforme también lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión” (Audiencia virtual, récord 2:37:16, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS afirma que no hay lugar al traslado de los rendimientos, bonos pensionales y frutos, en tanto la entidad ya trasladó todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual y no puede volver a trasladar emolumentos diferentes, además los bonos pensionales nunca fueron redimidos o aceptados por ese fondo. Sostiene que tampoco hay lugar al traslado de los gastos de administración debido a que los fondos de pensiones están legalmente facultados para cobrar a sus afiliados el manejo de los aportes, ni a devolver las sumas indexadas al haber sido trasladadas. Indica que de acuerdo con la sentencia SU-062 de 2013 el afiliado es quien tiene que asumir la diferencia de los aportes¹ (Audiencia

¹ *Gracias Señor Juez voy a interponer recurso de apelación en contra de la sentencia dictada el día de hoy esto atendiendo que condenan y representada a trasladar los rendimientos, los bonos pensionales y los frutos a que hubiese lugar y esto atendiendo que como se indicó dentro del proceso y dentro de los alegatos de conclusión mi representada traslado todo lo existente en la cuenta de ahorro individual por ende mi representada no puede volver a trasladar emolumentos diferentes a los que ya mi representada en su momento traslado y mucho menos que mi representada pues traslado bonos pensionales cuando estos nunca fueron redimidos o fueron aceptados por mi representada ahora frente a la devolución de los gastos de administración, los demás emolumentos indicados debemos indicar que esta condena no es procedente toda vez que las actuaciones pues de mi representada han estado ceñidas a la Constitución y la Ley pues la comisión por el manejo de esos aportes obligatorios son de consagración legal y se encuentran contemplados en el artículo 60 de la ley del 93 en donde señala las características de teniendo en cuenta lo anterior las entidades que administran los fondos de pensiones está legamente facultados para cobrar a sus afiliados por el manejo de aportes que realices a las administradoras ya que este cobro de su mandato debería la superintendencia financiera también es necesario advertir que estos dineros pues no se pueden devolver debidamente indexados toda vez que como ya le digo pues mi representada traslado todos en la cuenta de ahorro individual ahora frente al emolumento en el cual indica que nosotros en caso de que nos requiera Colpensiones para cancelar pues las diferencias a que haya lugar es necesario indicar que la sentencia SU - 062 del 3 de febrero del 2010 le impuso la obligación a Colpensiones de informarle al afiliado cuál era la diferencia en el valor de los aportes entre los dos regímenes sobre el saldo a trasladar y acordar en este plazo o en un plazo prudencial para que el interesado asumiera la diferencia resultante no debe ser en cabeza de mi representada por ende pues solicito al honorable tribunal revisar estos puntos en particular para que sean revocados y absuelto a Colfondos de dichos emolumentos, atendiendo lo anterior señor juez dejo sustentado mi recurso de apelación ante el honorable tribunal de Bogotá es todo.*

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

virtual, récord 2:40:23, archivo No. 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, asegura que la demandante no puede ser exonerada del deber de ilustrarse antes del cambio de régimen pensional. Indica que actuó de manera negligente y no hizo uso del retracto o de la rescisión para dejar sin efecto las afiliaciones. Advierte que la declaratoria de la ineficacia afecta el patrimonio público al tener que pagar la pensión de la demandante, quien no contribuyó al financiamiento de las pensiones del RPM, con lo que se vulnera los principios constitucionales de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema.² (Audiencia virtual, récord 2:43:02, archivo No. 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de SKANDIA, afirma que la demandante realizó el traslado de manera consiente y espontánea sin ningún tipo de presión o apremio por lo

² “Me permito expresamente interponer el recurso de apelación contra el fallo que se acaba de preferir toda vez que no se comparte el criterio del despacho por cuanto la declaración de ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad que represento Colpensiones porque si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular la hoy demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional esto de acuerdo con el decreto 2241 del año 2010 que expresamente establece las obligaciones de los afiliados del sistema general de pensiones. Ahora bien la hoy demandante tampoco se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional es decir fue negligente frente a este aspecto igualmente la demandante no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto las diferentes afiliaciones al régimen de ahorro individual contenidas muchas en sus mismos formularios como son el retracto y la rescisión, así mismo es menester tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional sentencia C-242 del 2009 magistrado ponente el doctor Mauricio González Cuervo respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional como el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48 adicionado por el artículo primero del acto legislativo número uno del 2005 debo reiterar y recalcar que el principio del interés general debe primar sobre el particular por cuanto dicha declaración de ineficacia va a afectar el patrimonio público por cuanto la entidad que represento tendría que pagar una pensión que llegara a percibir la parte demandante y ya que su ahorro se hizo de forma individual no financió las pensiones del régimen de prima media y su propio ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión con dicha declaración se está vulnerando los principios constitucionales de la solidaridad de la equidad y de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones esto de acuerdo con las sentencias C- 1024 del año 2004 y SU - 062 del año 2010 por lo tanto debo solicitar respetuosamente a los señores magistrados del tribunal superior de Bogotá sala laboral se revoque el fallo y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones incoadas en la demanda, gracias su señoría”

EXP. 01 2020 00403 01

Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

que no existen razones fácticas, ni jurídicas para declarar la ineficacia. Asegura que la entidad y demás demandadas cumplieron con el deber de asesoría conforme a la normatividad vigente en el año 1994. Sostiene que el monto de la mesada que se obtiene en el RAIS no es argumento para imputar responsabilidad a la entidad. Asegura que se está dando aplicación indebida a la figura de la ineficacia al usarla únicamente en favor de la demandante y en detrimento de la entidad³ (Audiencia virtual, récord 2:46:22, archivo No. 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

³ “Gracias su señoría, me permito presentar de manera respetuosa recurso de apelación contra la sentencia preferida por su honorable despacho en lo que tiene que ver con la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante conforme a los siguientes argumentos con el fin de que dicho punto sea revocado. En primer lugar debo señalar honorables magistrados que no existe razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia del acto jurídico por medio de la cualidad demandante se trasladó el régimen pensional pues la decisión tomada por la actora se hizo realmente de forma consciente y espontanea sin ningún tipo de presión o apremio de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo el traslado en este sentido debo señalar si debe advertirse como se manifestó en los alegatos de conclusión que lo cierto es que mi representada y las demás demandadas cumplieron con el deber de asesoría que se encontraba vigente de acuerdo con la normatividad que se encontraba o que estaba vigente pero valga la redundancia para el año en el cual se afilió el traslado de régimen pensional por parte de la demandante esto es para 1994 por lo tanto debe advertirse que la exigencia de lo que tiene que ver con la doble asesoría o con realizar una asesoría en lo que tiene que ver con las características, las consecuencias del traslado de régimen especial solo surge a partir de la expedición de normas que se dieron con posterior al traslado de régimen pensional de la demandante por lo tanto lo cierto es como ya lo advertí que mi representada y las demás empresas demandadas pues cumplieron con el deber que se encontraba vigente para la fecha en la cual se produjo el traslado. Por otra parte es importante señalar honorables magistrados que lo cierto también es que a la demandante independientemente lo que hiciera la demandante se le suministró una información clara y veraz sobre lo que implicaba su traslado de régimen pensional y es en atención a esto que ya suscribió ese formulario de afiliación porque aparte no debe pasarse por alto que lo cierto es como lo manifestó la demandante en el interrogatorio de parte es que lo que motiva realmente al actor a trasladarse a solicitar la ineficacia el traslado es simplemente lo que tiene que ver con la diferencia de la mesada pensional que recibiría en el régimen de ahorro individual y en lo que tiene que ver con la mesa que recibiría en Colpensiones esto en la medida en que el actora manifestó de manera clara que pues su intención de trasladarse simplemente es que en Colpensiones recibirá una mesada pensional más alta frente a esto debo señalar que este no es un argumento para que dé lugar a la declaratoria de la ineficacia pues no debe perderse de vista que la mesada pensional que se obtiene dentro del régimen de ahorro individual depende netamente del ahorro que hubiera obtenido la demandante durante toda su vida laboral por lo tanto no puede indicársele ningún tipo de responsabilidad a mi representada y a las demás demandadas por el hecho de que la demandante obtenga una mesa pensional inferior en relación de la que hubiera obtenido si se hubiera afiliado en el régimen de prima media por lo tanto pues debo señalar que este no es un motivo que dé lugar a la declaratoria de la ineficacia como ocurrió en el fallo de primera instancia. Por otro parte debo manifestar que el suscrito se encuentra en desacuerdo que se aplique la figura de la ineficacia únicamente en detrimento de mi representada y a favor de la demandante esto lo digo en atención a que al declarar la ineficacia por parte del despacho, si se acepta que existe una cuenta de ahorro individual de la demandante, se acepta que existió unos fondos de la parte demandante que

EXP. 01 2020 00403 01

Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

En el recurso de PORVENIR pide que se revoque el traslado de los gastos de administración, prima de seguro previsional y la indexación. Indica que no hay lugar al traslado de esas sumas porque no están destinadas a financiar la pensión, la demandante estuvo amparada por los seguros previsionales, y las sumas fueron entregadas ya a las aseguradoras contratadas por la entidad. Sostiene que tampoco hay lugar a la indexación, pues con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda⁴ (Audiencia virtual, récord 2:51:23, archivo No. 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

obran en su cuenta de ahorro individual, se acepta igualmente que existieron unos rendimientos financieros a los cuales obliga a mi representada a que se trasladen a Colpensiones pero por otra parte y en detrimento de mi representada no se acepta al declarar la figura de la ineficacia que esos rendimientos financieros que se están ordenando trasladar a Colpensiones fueron generados por la actividad profesional de mi representada y de igual manera tampoco se acepta que esos rendimientos fueron generados en virtud de que mi representada cobro unos gastos de administración los cuales se encontraban contemplados en la Ley y fueron debidamente descontados es decir tenían un sustento normativo legal por lo tanto pues debo señalar que esta aplicación de la figura de la ineficacia se aplica en acomodo y en beneficio exclusivo de la demandante para lo que le beneficia a ella pero se aplica en detrimento de mi representada lo cual implica una aplicación indebida de esta figura. Por lo tanto solicito honorables magistrados se revoque la sentencia de primera instancia para que en su lugar se absuelva a mi representada de todas las pretensiones incoadas en su contra, muchas gracias. “

⁴ *“Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia aquí notificada para que sea la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior de Bogotá quien estudie y revoque la condena impuesta a mi representada, luego el presente recurso de apelación va encaminado de manera parcial en cuanto únicamente va atacando a la indexación condenada del traslado de las sumas o primas previsionales, así como los gastos de administración por las siguientes razones: En primer lugar pues deberá tenerse que los gastos de administración no forma una viabilidad para el traslado de estos rubros como quiera que no están llamados en primera medida a financiar la pensión pues como tal tienen una destinación específica que por mandato legal ha sido cumplida plenamente por mi representada el manejo de las inversiones tendientes a obtener un incremento una rentabilidad de los aportes efectuados por la demandante esto es durante el tiempo que estuvo vinculado con mi representada y cuyo rendimiento pues le fueron en primera medida reconocidas a la demandante su cuenta de ahorro individual y posteriormente trasladados a otra administradora. El segundo pues respecto de las sumas o primas previsionales pues ruego tenerse en cuenta que esos rubros ya fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por mi representada y con las cuales pues la demandante estuvo plenamente amparada respecto de las prestaciones que estos cubren. En tercer lugar pues no tiene sentido y no corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas que en caso de declararse una nulidad del acto jurídico la persona en la cual se le ordena restituir o devolver ese bien en este caso unas sumas depositadas en una cuenta y inexistente igualmente pues deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y en cuarto lugar considera esta defensa que en caso de confirmarse esta sentencia apelada pues se trasladarán los rubros contenidos en la cuenta de ahorro individual actual de la demandante y eso hace parte pues de los rendimientos que actualmente cuenta la demandante rendimientos que han sido generados*

EXP. 01 2020 00403 01

Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

En el recurso de MAPFRE pide que se revoque la condena en costas. Considera que se causaron costas en su favor, al existir una imprudencia por parte de la AFP al llamarla en garantía por los gastos de defensa en los que tuvo que incurrir⁵ (Audiencia virtual, récord 2:56:40, archivo No. 34 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,

por todas y cada una de las administradoras a las cuales ella ha estado vinculada luego considera esta defensa que si bien dicho traslado pues casi que desborda todos los efectos de la declaratoria ineficacia del traslado régimen pensional pues si bien la finalidad de esta institución jurídica de la ineficacia es dejar sin efecto alguno pues un acto o un hecho jurídico pues véase que a pesar de esto pues se trasladarán pues rendimientos propios del régimen de ahorro individual pues considera esta defensa que a lo sumo pues se debería trasladar los rendimientos que eventualmente se hubieran generado en el régimen de prima media no obstante pues se reitera que dicho rubros de rendimientos pues fueron generados por todas y cada una de las administradoras luego pues es claro que esos montos superan casi que con creces y al día de hoy casi que el doble de los aportes efectuados por la demandante luego los descuentos realizados por gastos de administración pues casi que dan lugar a dichos conceptos y en último lugar pues respecto a la condena impuesta a la indexación, se solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta mi representada en la medida que igualmente como se mencionó anteriormente pues se expondrá eventualmente a la devolución de los rendimientos del capital que se encuentra en la en la cuenta de ahorro individual de la demandante pues lo anterior como bien lo ha señalado el tribunal superior de Cali pues esta decisión concretamente en la sentencia 18/2019 473 en la cual pues se ha determinado que no es viable ordenar la indexación de dicho rubros toda vez que el traslado de los rendimientos financieros compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda bajo estos términos dejó sustentado mi recurso de apelación parcial contra la sentencia y asimismo solicitando a los honorables magistrados absolver a mi representada de dicha condena y al presente despacho la concesión del recurso, Muchas gracias.”

⁵ “Gracias señor juez, me permito interponer recurso de apelación en forma parcial contra la sentencia preferida por su despacho en los concerniente a la negativa de condenar en costas a la llamante en garantía, lo anterior porque vuelvo y reitero hubo una imprudencia en el llamamiento a mi representada además porque mi representada tuvo que incurrir en unos gastos de defensa lo cual ha causado esta aludidas costas conforme lo contemplan los artículos 365 y 366 del código general del proceso por lo anterior riego a los honorables magistrados se sirvan condenar en costas a la llamante en garantía Muchas gracias.”

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

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 33⁶ años de edad y había cotizado 312.71⁷ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 5 años, 1 mes, 3 días⁸), y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 1 del archivo 02 y archivo 05 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 ⁹, ¹⁰.

⁶ Nació el 15 de marzo de 1965.

⁷ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folio 124 a 127 del archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁸ *Idimen*.

⁹ 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”.

¹⁰ 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*

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

Para la Corte los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, fue la compañía para la que trabajaba quien brindó la asesoría, y le manifestó a la demandante y a los demás trabajadores que ahora iban a estar afiliados a DAVIVIR, en ese orden no existió ninguna asesoría del fondo sobre el funcionamiento del RAIS (Audiencia virtual del 15 de mayo de 2023, archivo 34 del expediente digital, récord 25:12).

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP SKANDIA la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos, frutos, intereses, bonos de pensión, gastos de administración, seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pero se adicionará para ordenar a las AFP PORVENIR, AFP PROTECCIÓN y AFP COLFONDOS que procedan a la devolución de los gastos de administración y montos de los seguros previsionales generados durante la afiliación (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

EXP. 01 2020 00403 01
Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

1993¹¹, los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*”, así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

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

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para CONDENAR a las AFP PROTECCIÓN, PORVENIR, SKANDIA y COLFONDOS a entregar a

¹¹ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de

EXP. 01 2020 00403 01

Adriana María Romero Castillo vs Colpensiones y otros.

COLPENSIONES el valor de las primas de los seguros previsionales pertenecientes a la cuenta de la demandante.

2. **REVOCAR** el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar CONDENAR en costas de primera instancia a AFP SKANDIA, AFP COLFONDOS y la AFP PORVENIR.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la AFP SKANDIA, AFP COLFONDOS y la AFP PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MANUEL VICENTE LEAL PRADA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES frente a la sentencia dictada el 27 de marzo de 2023 por el Juez Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar pensión de vejez.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MANUEL VICENTE LEAL PRADA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene al reconocimiento de pensión de vejez con las reglas del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, a partir del 30 de diciembre de 2014, junto con los intereses moratorios y los perjuicios morales. De manera subsidiaria solicita el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva y la indexación.

Como fundamento de lo pedido, afirma que a la presentación de la demanda contaba con 69 años y para el 1 de abril de 1994 tenía con 42 años de edad, por lo que es beneficiario del régimen de transición. Afirma que laboró de

manera discontinua entre el 24 de julio de 1975 y el 6 de abril de 1990 para la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO Y MINERO EN LIQUIDACIÓN, esto es, un total de 747,14 semanas. Asegura que en su historia laboral que expide COLPENSIONES no se tiene en cuenta el lapso transcurrido entre el 24 de julio de 1975 al 30 de junio de 1976, lo que ocasionó que le fuera negado el derecho a la pensión de vejez por el incumplimiento de la densidad de semanas previstas en la norma. Indica que se debe tener en cuenta también el ciclo de enero de 1995. Solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez que le fue negada mediante Resolución SUB 162773 del 30 de julio de 2020 decisión que fue apelada por el demandante, sin embargo, a la presentación de la demandada no se había resuelto el recurso (Ver demanda en archivo 01 folios 3 a 11).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones, pues el número de semanas reportado en la historia laboral del demandante resulta insuficiente para acceder a la prestación pretendida, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional que valida el reconocimiento de la pensión con la sumatoria de tiempos públicos y privados es excepcional. Propuso como excepciones de mérito: *buena fe de Colpensiones, inexistencia del derecho y las obligaciones a cargo, cobro de lo no debido, prescripción, genérica, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y compensación* (Ver contestación en archivo 06 folios 2 a 15 y subsanación archivo 05).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de marzo de 2023 por la cual el Juez Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá ORDENÓ la corrección de la historia laboral del demandante en el sentido de agregar los periodos cotizados desde el 24 de julio de 1975 al 30 de junio de 1976, y ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 31 de marzo de 2015 en cuantía de \$758.703 por 13 mesadas anuales, junto con el retroactivo y los intereses moratorios. Para tomar la decisión advirtió que, revisado el expediente administrativo, COLPENSIONES en la Resolución SUB 162673 de

2020 tuvo en cuenta el tiempo de servicio del 24/07/1975 al 26/06/1976, pero en la historia laboral expedida en 2020 no se incluyó este tiempo, de esta manera concluyó que se trata de una mora del empleador y en consecuencia tuvo en cuenta este lapso para contabilizar la densidad de semanas. En cuanto al mes de enero de 1995 precisó que se encuentra en el reporte de semanas de COLPENSIONES. Con la inclusión de los tiempos anteriores encontró que el demandante es beneficiario del régimen de transición y que acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990, y por ello procede el reconocimiento a partir de la última cotización, esto es, el 31 de marzo de 2015. En cuanto a la prescripción considero que se interrumpió el término prescriptivo el 26 de marzo de 2021, fecha de presentación de la demanda. Preciso que para el año 2022 la mesada calculada es inferior al SMMLV por lo que estableció ese valor como mesada pensional. Condenó a la demandada al pago de los intereses moratorios a partir del 26 de julio de 2021 y absolvió de los perjuicios al no haberse demostrado su causación al interior del proceso.

La parte resolutive de la providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que MANUEL VICENTE LEAL PRADA es beneficiario del régimen de transición del artículo 37 de la Ley 100 de 1993. SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a COLPENSIONES a corregir historia laboral de MANUEL VICENTE LEAL PRADO en el sentido de agregar los periodos comprendidos desde el 24 de octubre de 1975 al 30 de julio de 1996. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a partir del 31 de marzo de 2015 la pensión de vejez a MANUEL VICENTE LEAL PRADA en cuantía de \$758.703 en 13 mesadas anuales. CUARTO. ORDENAR a COLPENSIONES a pagar como retroactivo la suma de \$72.898.644,37, se autoriza a COLPENSIONES a descontar de dicha suma los aportes a seguridad social en salud. QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 26 de julio de 2021 hasta la fecha en que se efectuó el pago a pensión. SEXTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra. SÉPTIMO: DECLARAR probada excepcionalmente la excepción de prescripción a partir del 26 de marzo 2018, declarar no probadas*

las demás excepciones. OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión envíese el expediente al Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta” (Audiencia virtual del 27 de marzo de 2023 – archivo 19 Min. 34:37).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso del DEMANDANTE, pide que se revise la prescripción. Afirma que la reclamación administrativa con la que se interrumpió el término es la presentada el 19 de junio del 2020 y no la que tomó el juzgado, en consecuencia, solicita que se modifiquen las condenas con la adecuación de la prescripción. Informa que desde el año 2014 ya había hecho varias solicitudes, *entonces es claro de que cuando nuevamente lo hace en el 2020 interrumpió el cuatrenio*¹ (Audiencia virtual del 27 de marzo de 2023 – archivo 19 Min. 36:40).

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que el demandante no tiene derecho al reconocimiento pensional, ni los intereses moratorios, como quiera que estos proceden únicamente a partir del momento en que se profiere el acto administrativo de reconocimiento² (Audiencia virtual del 27 de marzo de 2023 – archivo 19 Min. 38:43).

¹ “Gracias su señoría me permite interponer recurso parcial solo para que se corrija el término de la prescripción dado que el demandante presentó solicitud de la pensión el 19 de junio del 2020 fue resuelta el 30 de julio del 2020 mediante la SUB 162773 del 30 de julio y fue notificada y el demandante interpuso los recursos de reposición en subsidio apelación los cuales nunca contestó COLPENSIONES y por lo tanto se radicó la demanda en el 2021 quiere decir que el demandante cuando solicitó la pensión nuevamente el 19 de junio del 2020 interrumpió el término prescriptivo por lo tanto debe condenarse la prescripción desde el 19 de junio del 2017 y como consecuencia de ello pues se debe modificar los numerales en cuanto a que la prescripción va es del 2017 desde julio del 2017 del 18 de julio hacia atrás y para que se corrijan los otros números en cuanto a los intereses obviamente debe corregirse que si él solicitó la prescripción obviamente lo hizo hacia atrás pero hay que tener en cuenta que ella desde el 2014 ya había hecho varias solicitudes entonces es claro de que cuando nuevamente lo hacen en el 2020 interrumpió el cuatrenio y por lo tanto debe corregirse esa fecha. En esos términos dejo sustentado el recurso dado que la prescripción es importante porque se prueba con esa resolución que emana la administradora colombiana de pensiones. Gracias su señoría”

² “Muchas gracias señor juez por directrices expresa de la entidad que represento me permito presentar recurso de apelación en contra del fallo preferido por este despacho manifestando que Colpensiones hasta el momento no adeuda derecho alguno al demandante por cuanto no tiene derecho a que se le reconozca lo pretendido a que se le pague y el reconocimiento de la pensión mensual vitalicia por cuánto no cumplió los requisitos exigidos por el Decreto 758

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que el demandante nació el 28 de abril de 1951 (ver página 12 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital) y tenía la edad para acceder a la prestación en la fecha en que presentó la solicitud de reconocimiento pensional; (ii) que el demandante laboró para la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN entre el 24 de julio de 1975 y el 6 de abril de 1990, de manera discontinua (ver CETIL archivo GEN-REQ-IN-2020_5960456-20200706054639 expediente administrativo trámite de primera instancia del expediente digital)

La entidad negó la prestación mediante Resolución SUB 162773 del 30 de julio de 2020, por considerar que el demandante no cumplía con la densidad mínima de cotizaciones. Para esta decisión reconoció que el demandante es beneficiario del régimen de transición, pero no acredita las semanas de cotización para acceder a la prestación bajo las previsiones del Acuerdo 049 de 1990.

En consonancia con los recursos de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir (i) si procede o no el reconocimiento de la pensión de vejez que reclama el demandante; en dado caso (ii) la fecha a partir de la cual procede el reconocimiento, y (iii) si procede el pago de intereses moratorios.

aprobado por el acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley del 93 toda vez que el demandante no cuenta con las semanas necesarias para el reconocimiento pensional es preciso mencionar que respecto a los intereses en mora por mandato legal que es procedente el reconocimiento y pago de los mismos que se han causado cuando existe mora o retardo en el pago de las respectivas mesadas pensionales ya reconocidas de tal manera se considera que proceden los aludidos intereses única y exclusivamente a partir de la fecha en la cual ha expedido el acto administrativo y ante el cual se ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones obviamente en el evento en que no se cumpla lo ordenado en el mismo así mismo determina que sobre la suma correspondiente el pago del valor de retroactivo no se causan intereses moratorios por cuanto la ley no lo permite De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando de manera respetuosa a los honorables magistrados revoquen la sentencia y en su lugar absuelvan a mi representada. Muchas gracias señor Juez.”

Revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el reconocimiento de pensión de vejez a favor del demandante, pues las pruebas allegadas al proceso demuestran su derecho bajo el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990.

Para llegar a esta conclusión, se advierte que el demandante conservó el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de diciembre 2014³, pues tenía más de 40 años de edad para el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia del régimen de pensiones que creó la Ley 100)⁴, y había cotizado más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (tenía **823,57** semanas para el 25 de julio de 2005).

En el cómputo de semanas la Sala tuvo en cuenta: (i) **795,42** semanas reportadas para el 25 de julio de 2005 en la historia laboral actualizada aportada por la demandada con el expediente administrativo; y, (ii) **28,15** semanas laboradas por el demandante para la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO Y MINERO EN LIQUIDACIÓN entre el 24 de julio de 1975 y el 30 de junio de 1976 (ver formulario CETIL a folio 13 aportado con la demandada y con el expediente administrativo)⁵.

Por ello, su situación pensional bien podía ser regulada por el Acuerdo 049 de 1990, al tener en cuenta que el demandante estuvo afiliado al ISS con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, desde el 1 de julio de 1976 y efectuó cotizaciones entre dicha data y el 6 de abril de 1990.

³ Parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005: “*El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014*”.

⁴ El demandante tenía 42 años, pues según se observa en la cédula de ciudadanía nació el 28 de abril de 1951.

⁵ Teniendo en cuenta que se presentaron algunas interrupciones durante la vinculación laboral.

Bajo este entendido, el Acuerdo 049 de 1990 asigna pensión a los hombres que cumplen 60 años de edad si han efectuado quinientas (500) semanas de cotización al Sistema durante los veinte (20) años anteriores al cumplimiento de dicha edad, o 1.000 semanas en cualquier tiempo, requisitos que fueron demostrados en el proceso con la copia de la cedula de ciudadanía, y demuestra que MANUEL VICENTE LEAL PRADA cumplió 60 años el 28 de abril de 2011, y con la historia laboral aportada por COLPENSIONES⁶ actualizada a 19 de agosto de 2021, que demuestra 1.000,86 semanas cotizadas para el 31 de marzo de 2015 que sumadas a lo consignado en el formulario CETIL⁷ con el que se certifican los tiempos laborados por el demandante en la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN (28,15 semanas de tiempos de servicios discontinuos prestados entre el 24 de julio de 1975 y el 30 de junio de 1976) arroja **1029,01** semanas imputables para causar la pensión para el 31 de marzo de 2015.

Para el cómputo de estas semanas se tuvieron en cuenta los tiempos de servicio público de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia (sentencias SU 769 de 2014 y SU 057 de 2018), y reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL 1947 de 2020⁸, SL 3870 de 2021 y SL 387 de 2023).

⁶ Ver archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2060-20210819121718 expediente administrativo trámite de primera instancia del expediente digital.

⁷ ver CETIL 20200389999028000510063 de fecha 4 de marzo de 2020 archivo GEN-REQ-IN-2020_5960456-20200706054639 expediente administrativo trámite de primera instancia del expediente digital.

⁸ Para este efecto estimó dicha Corporación que: “(...) el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993 (...) entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social”, y advirtió que “el propósito de unicidad normativa y sistemática de la ley en comento fue ponerle fin a la injusticia de no conceder pensiones a personas que cumplían el mismo tiempo de trabajo, pero cuyo valor y eficacia frente a la generación de la protección del riesgo difería frente al segmento en el que se prestaba” (SL 1947 dictada el 1° de julio del 2020, M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ).

La prestación era exigible desde el 31 de marzo de 2015, pues operó la desafiliación tácita del Sistema General de Pensiones como quiera que a partir de ese momento se dejaron de efectuar aportes al Sistema. Sin embargo, por prescripción, la entidad demandada solo está obligada a pagar las mesadas que corrieron desde el 19 de junio de 2017, esto es 3 años antes a la solicitud con requisitos cumplidos, que fue elevada el 19 de junio de 2020 (ver Resolución SUB 162773 de 30 de julio de 2020)⁹, y se debe pagar en 13 mesadas anuales, con base en el mandato del inciso 8 y el parágrafo 6 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que se causó después del 31 de julio de 2011.

Pasa ahora la Sala a definir, en CONSULTA, el valor de la primera mesada pensional. Para este efecto el Tribunal realizó las operaciones aritméticas con el IBL de los últimos 10 años cotizados en atención a la densidad de semanas cotizadas por el demandante, pues el número de semanas (1.029) no permite considerar el ingreso base de toda la vida laboral, según lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Para el efecto se tomó el detalle de los pagos que certifican la historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES y los formularios CETIL que certifican los salarios devengados por el demandante en el sector público, se obtuvo el IBL de lo cotizado en los últimos 10 años \$871.206 para el año 2015, que al aplicarle la tasa de reemplazo del 75% que dispone el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, arroja una suma inferior (\$653.405) a la reconocida por el juez de primera instancia (\$758.703), lo que obliga a modificar el valor de la mesada pensional definida en contra de COLPENSIONES, a favor de quien se está conociendo esta parte de la decisión en CONSULTA.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual

⁹ Ver archivo GRF-AAT-RP-2020_5960456-20200730091028 expediente administrativo.

1986	356	2,380	82,47	34,651	\$ 34.682,20	\$ 1.201.781,93	\$ 14.261.146
1987	365	2,880	82,47	28,635	\$ 41.848,72	\$ 1.198.355,63	\$ 14.579.993
1988	366	3,580	82,47	23,036	\$ 52.852,08	\$ 1.217.516,97	\$ 14.853.707
1989	365	4,580	82,47	18,007	\$ 70.984,98	\$ 1.278.194,67	\$ 15.551.369
1990	96	5,780	82,47	14,268	\$ 83.093,25	\$ 1.185.588,29	\$ 3.793.883
1994	132	14,890	82,47	5,539	\$ 98.700,00	\$ 546.661,45	\$ 2.405.310
1995	330	18,250	82,47	4,519	\$ 119.048,27	\$ 537.967,73	\$ 5.917.645
1996	60	21,800	82,47	3,783	\$ 142.125,00	\$ 537.662,79	\$ 1.075.326
2003	90	49,830	82,47	1,655	\$ 262.000,00	\$ 433.617,10	\$ 1.300.851
2007	90	61,330	82,47	1,345	\$ 495.666,67	\$ 666.519,32	\$ 1.999.558
2008	120	64,820	82,47	1,272	\$ 652.250,00	\$ 829.852,78	\$ 3.319.411
2011	120	73,450	82,47	1,123	\$ 535.600,00	\$ 601.374,16	\$ 2.405.497
2012	330	76,190	82,47	1,082	\$ 563.872,73	\$ 610.350,23	\$ 6.713.853
2013	330	78,050	82,47	1,057	\$ 587.427,27	\$ 620.693,49	\$ 6.827.628
2014	360	79,560	82,47	1,037	\$ 613.791,67	\$ 636.241,81	\$ 7.634.902
2015	90	82,470	82,47	1,000	\$ 634.900,00	\$ 634.900,00	\$ 1.904.700
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2015	\$ 104.544.778
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 871.206
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					75%
		Primera mesada					\$ 653.405

En punto de la mesada, esta Sala actualizó la mesada obtenida, y se advierte que para el año 2017 resulta inferior al salario mínimo mensual vigente, razón por la cual se fija, a partir de esa anualidad, en la suma equivalente al SMMLV.

Mesada Pensional				
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	smmlv
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 653.404,86	\$ 644.350,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 697.640,00	\$ 689.455,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.754,00	\$ 737.717,00

En este sentido se modificará la sentencia de primera instancia, para establecer que COLPENSIONES debe pagar las mesadas pensionales a partir del 19 de junio de 2017 en cuantía equivalente al SMMLV vigente para cada anualidad, y para revocar el valor en concreto tasado por concepto de retroactivo pensional causado, pues además de que resulta inferior según lo dicho, de todas formas, en prestaciones periódicas, el saldo final que debe

pagar el deudor por mesadas retroactivas solo se obtiene cuando la entidad haga la inclusión en nómina.

Se revocará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, pues no se puede ordenar la inclusión en la historia laboral tiempos de servicios no cotizados, ni tal acción resulta necesaria para que esos tiempos se puedan computar en la liquidación de la pensión

(iii) INTERESES MORATORIOS. Igualmente se revocará la condena al pago de intereses moratorios, pues la mora en el pago de las mesadas se originó en el cambio jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y no en el desacato del pagador a un criterio preestablecido.

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

Sin COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** los numerales SEGUNDO y QUINTO de la sentencia de primera instancia.
2. **MODIFICAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar pensión de

vejez en favor del demandante, a partir del 19 de junio de 2017, en cuantía de un Salario Mínimo Mensual Vigente SMMLV.

3. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia, en cuanto estableció un valor específico por concepto de retroactivo pensional adeudado.
4. **MODIFICAR** el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción desde el 18 de junio de 2017.
5. **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar las mesadas indexadas en la forma prevista en la parte motiva de esta sentencia.
6. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia dictada en primera instancia.
7. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 07 2020 00109 01
Juana Marcela Díaz Recaman vs Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JUANA MARCELA DIAZ RECAMAN CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2022 por el Juez Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JUANA MARCELA DÍAZ RECAMAN presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia del acto de afiliación *ilegalmente registrado*, por medio del cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR sin el lleno de los requisitos y sin consentimiento informado. En consecuencia, pide que se declare vigente y sin solución de continuidad su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES

EXP. 07 2020 00109 01

Juana Marcela Díaz Recaman vs Colpensiones y otro.

el valor de los dineros recibidos por concepto de cotizaciones o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses, rendimientos causados, cuotas de administración debidamente indexados y que reposan en su cuenta de ahorro individual, sin que se realice descuento alguno por los seguros de invalidez o sobrevivencia o cualquier deterioro sufrido por el bien administrado, y a COLPENSIONES aceptar el traslado e inscribirla como su afiliada. De manera subsidiaria pidió se declare que PORVENIR compromete su responsabilidad frente a cualquier infracción, error u omisión de sus intermediarios comerciales en desarrollo de las labores de promoción o gestión, con lo cual se hubiere realizado la respectiva vinculación, en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados, que el *intermediario comercial* de PORVENIR, encargado de asesorar su traslado de régimen, *carecía de idoneidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado sobre el RAIS y el RPM*, y en consecuencia, se condene PORVENIR a pagar los perjuicios materiales ocasionados con el traslado por lucro cesante, representado en la diferencia mensual existente entre el valor de la mesada que le correspondía en el régimen de prima media y el valor de la mesada que le corresponde en el Régimen de Ahorro Individual proyectada hasta su expectativa de vida, así como los perjuicios por daño emergente representado en las comisiones por administración que fueron cobradas durante el tiempo que estuvo vinculado a dicho fondo (ver demanda folios 9 a 49, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que dentro al expediente no se aporta prueba que dé cuenta de que a la demandante se le hizo incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo. Además, no advierte alguna anotación de la que se pueda inferir que hubo alguna inconformidad de la demandante con el RAIS y, por el contrario, las documentales dan cuenta que su afiliación se

EXP. 07 2020 00109 01

Juana Marcela Díaz Recaman vs Colpensiones y otro.

hizo de manera libre y voluntaria. Asegura que no se cumplen los presupuestos de la sentencia SU-062 de 2020 y no procedería el traslado conforme lo previsto en la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria* (ver contestación folio 1 a 51 del archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia)

PORVENIR S.A. se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que la afiliación suscrita por la demandante con esa entidad el 23 de octubre de 2000 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, lo que prueba con el formulario de afiliación del que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico. Adicionalmente, asegura que no es procedente la ineficacia conforme lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no se acreditan actos atentatorios contra el derecho de afiliación. Refiere no ser procedente del pago de los perjuicios pedidos de forma subsidiaria, pues la afiliación fue producto de una decisión libre e informada, la demandante no contaba con una mera expectativa que se tuviera que amparar, no se logró acreditar el daño ni el nexo causal entre el acto de traslado y el supuesto daño, y no se estimaron los perjuicios. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (ver contestación folios 1 a 43, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de septiembre 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

EXP. 07 2020 00109 01

Juana Marcela Díaz Recaman vs Colpensiones y otro.

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

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante JUANA MARCELA DÍAZ RECAMÁN a la AFP PORVENIR el 23 de octubre del año 2000 contenido en el formulario de afiliación número 01457835. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR a trasladar todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante dinero que debe incluir todos los rendimientos que se generen hasta que salga efectivo el traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante desde la fecha del traslado, febrero del año 2000, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguro previsionales de validez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo de sus propios recursos, al momento de cumplirse esta orden judicial para lo cual se le concede a PORVENIR el término de 30 días contados a partir de la notificación del auto de obediencia superior, deberá presentar al despacho un informe debidamente pormenorizado discriminando con sus respectivos valores todos los conceptos objetos de devolución a COLPENSIONES junto con el detalle de los ciclos, ingresos base de cotización, aportes y todos los descuentos de los aportes pensionales objeto de devolución con su correspondiente indexación y toda la información relevante que lo justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir como su afiliada, sin solución de continuidad, en el régimen de prima media con prestación definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales en 1991. QUINTO: Dadas las resultas*

EXP. 07 2020 00109 01

Juana Marcela Díaz Recaman vs Colpensiones y otro.

del proceso, se DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR. SEXTO: Las COSTAS son a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR a favor de la demandante. Las agencias derecho de tasan en 2 SMLMV a la fecha del pago a cargo de cada uno de los fondos demandados. SÉPTIMO: ORDÉNESE la CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la Nación, y a fin de que el superior revise la legalidad de lo decidido” (Audiencia virtual, récord 54:23, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que en el expediente no obra prueba alguna que de cuenta de la existencia de algún vicio del consentimiento que repercuta sobre la eficacia o validez jurídica del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado de pensiones, sumado a que el silencio en el transcurso del tiempo debe interpretarse como una decisión consciente de permanecer en el RAIS. Sostiene que se realiza una interpretación errada al artículo 1604 del C.C. pues se impone en cabeza de los fondos una responsabilidad objetiva, en tanto se le exige toda la carga probatoria y que se olvida la obligación que tiene la demandante de informarse adecuadamente sobre el sistema general de pensiones. Advierte que este tipo de decisiones atentan contra la capitalización del sistema y la sostenibilidad financiera del RPM. Solicita se revoque la condena en costas ya que conforme en artículo 48 de la Constitución Política no es posible designar los recursos de la entidad en fines diferentes a ellas¹ (Audiencia

¹ “Gracias su señoría me permito sustentar e interponer el recurso de apelación dentro del proceso de referencia instaurando en contra de mi representada con el fin de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia proferida por su despacho. Es pertinente indicar señores magistrados que dentro del expediente no obro prueba alguna que demostrará que estábamos en la presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del código civil esto es el error, la fuerza o el dolor ahora bien señores magistrados nos encontramos frente a un punto de derecho que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado que es aquel que afecta su validez su anulación o una rescisión judicial. Por otro lado señores magistrados existe una indebida interpretación del artículo 1604 del código civil dentro de los fallos relacionados con el régimen de traslado pues la interpretación que hace la Corte Constitucional hace que la responsabilidad esté en cabeza exclusivamente del fondo privado y la convierte objetiva toda vez que no le exige al demandante aportar prueba alguna que demuestre que está en la presencia de algún vicio del consentimiento pero se obliga que esta carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que exista un menor esfuerzo procesal por parte de los demandantes y dichas apreciación quiebra las lógicas de las cargas probatorias en este tipo de proceso. Por otro lado señores magistrados existen

EXP. 07 2020 00109 01

Juana Marcela Díaz Recaman vs Colpensiones y otro.

virtual, récord 56:40, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de PORVENIR, pide se revoquen las condenas impuestas y se le absuelva de las pretensiones. Con ese propósito indica que la demandante era una persona capaz y tenía conocimientos que la llevaron a tomar una decisión libre, voluntaria e informada de trasladarse, además, no se probaron los eventos previstos en la norma para declarar la nulidad absoluta y ni siquiera la relativa, lo que conduce a que el acto de traslado goza de plena validez. Indica que en el año 2004 las AFP realizaron publicaciones en las que informaban del periodo de gracia con el que contaban los afiliados para trasladarse de régimen; que actualmente la actora se encuentra inmersa en

obligaciones recíprocas por parte de los afiliados al sistema general de pensiones obligaciones que están resaltadas en el Decreto 2241 del 2010, una de ellas en su artículo 4 es informarse adecuadamente el sistema general de pensiones dos aprovechar los mecanismos de divulgación información para conocer el conocimiento y funcionamiento del sistema general de pensiones y de conformidad con la norma anterior señores magistrados existen estos deberes mínimos en cabezas del afiliado destacándose en este caso particular el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá que la decisión de la demandante es una decisión consciente de permanecer en el ahorro individual. Por otro lado traigo a colación señores magistrados sentencias como la 2018-445 del 30 de julio del 2020 donde el magistrado David Correa Steer indica primero frente a la prohibición legal que existe en este tipo de procesos sobre la ineficacia jurídica y manifiesta que no es viable que pues los demandantes ahora pretendan una nulidad una ineficacia jurídica cuando observó que su pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas y por ende el afiliado debe someterse tal como lo admitió al momento de la firma del formulario de afiliación o la materialización del traslado. Frente al principio de la descapitalización del sistema pensional la suscrita no comparte la tesis del despacho pues en la actualidad primero las decisiones de los despachos judiciales al declarar la ineficacia quiebra directamente el principio de la Sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y en el acto legislativo 01 del 2005, pues genera una situación caótica señores magistrado frente al pago de estas pensiones que tendría y daría lugar mi representada para que llegara a pagar sobre ese principio hablan sentencias como la C-1024 del 2004, la SU-1062 del 2010, la SU -103 30 del 2013 donde materia de traslado indica que nadie puede resultar subsidiado a Costa los recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados dando que el régimen de prima media con prestación definida se descapitalizaría y la declaración injustificada señores magistrados de demandante del RAIS al RPM afecta directamente la Sociedad Financiera del sistema pensional y pone peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados citado también textualmente en sentencias como la T-489 del 2010 donde dice que no se puede permitir la descapitalización del fondo público sin personas que no contribuyeron a su formación vienen del último momento a beneficiarse de un pago que cuyo pago desfinanciaría directamente al sistema pensional y las anteriores razones señores magistrados no se dio declarar la ineficacia pues en últimas primero sería el patrimonio público el que llegara a pagar esta pensión que llegara a percibir la demandante dado que su ahorro lo hizo de manera individual y no ayuda a financiar las pensiones de los demás afiliados al RPM y su ahorro no sería suficiente señores magistrados para financiar su propia pensión por otro lado y por último indico que frente a la condena en costas la suscrita no comparte la decisión toda vez que mi representada primero no incluyó en las decisiones de la demandante y en este punto hago énfasis el inciso 4 el artículo 48 de la Constitución Política en la que se refiere que no se podrá designar los recursos de mi representada para fines diferentes a ella dado que el pago de costas y agencias en derecho sería contraria esta perspectiva constitucional toda vez que Colpensiones es un tercero de buena fe. De esta manera, señores magistrados dejó sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias, su señoría.”

EXP. 07 2020 00109 01

Juana Marcela Díaz Recaman vs Colpensiones y otro.

la restricción de traslado; y que no cumplió con su obligación de indagar sobre las características y condiciones generales de los regímenes pensionales. Asegura que no resulta procedente la condena a la devolución de los gatos de administración y demás rubros de manera indexada por cuanto se garantizó la rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual² (Audiencia virtual, récord 1:01:37, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al

² “Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal oportuna me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia acabada de proferir con el fin de que el honorable Tribunal superior de Bogotá en su sala laboral resuelva sobre el asunto de precedencia y se sirva revocar las condenas impuestas a mi representada Porvenir S.A bajo las siguientes argumentaciones: La demandante al momento del traslado era una persona capaz y por ende tenía conocimientos que llevaron a tomar una decisión libre, voluntaria e informada de trasladarse con Porvenir S.A para el año 2004 las AFPS realizaron publicaciones a través de las cuales le informaban a los afiliados que podían trasladarse de régimen y si así lo quisieran en virtud del periodo de Gracia contemplado por la ley 797 de 2003 conviene precisar también que la demandante se encuentra inmersa en la restricción de traslado contenida en el literal e del artículo 13 de la ley de 1993 modificada por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 lo anterior no sé comparte la decisión Del despacho de declarar la ineficacia del traslado, ni se comparte los efectos jurídicos que se le dio sin eficacia por cuanto en este asunto no se aprobó los eventos previstos en el artículo 1741 del código civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado lo que conduce a que este goce de plena validez cabe resaltar el despacho también que la demandante le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que desea contratar o utilizar, luego tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con mi representada Porvenir S.A teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias precisas y suficientes que le posibilitaron la toma de decisiones informadas. Ahora bien, respecto de la condena de devolución de gastos de administración y demás rubros de manera indexada me permito resaltar que la misma es impropcedente de acuerdo con lo mencionado en sentencias C-00161 del 13 de mayo del 2010 magistrado Edgardo Villamil Portilla en donde se señala que la indexación consiste en “La actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspecto subjetivos pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación todo bajo la idea de que el pago sea cual fuera el origen de la prestación debe ser íntegro con forma de cantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias que a la postre fue recogida por artículo 16 de la ley 446 de 1998”.Adicionalmente a través de Sentencia SL-9316 de fecha 29 de junio del 2016 se precisó que la indexación es “La simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía en este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados por lo cual resulta incompatible ordenar la indexación pues los recursos de la cuenta ahorro individual de la demandante no se han visto afectados por el fenómeno de la inflación y por el contrario han generado rendimientos financieros superiores a los rendimientos mínimos establecidos por el gobierno nacional finalmente ruego al honorable tribunal superior de Bogotá absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda así dejó sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias”

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

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

EXP. 07 2020 00109 01

Juana Marcela Díaz Recaman vs Colpensiones y otro.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 41³ años de edad y había cotizado 496,57⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 3 años, 1 mes y 8 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda ya superaba la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 60 años de edad- ver folio 3 y 61 del archivo 01 del expediente digital).

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

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

³ Nació el 18 de abril de 1959.

⁴ Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, válida para bono pensional, folio 95 archivo 16.

⁵ *Ibidem*

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

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

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

Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

EXP. 07 2020 00109 01
Juana Marcela Díaz Recaman vs Colpensiones y otro.

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, la iglesia donde laboraba diligenció todos los documentos para la afiliación con PORVENIR y ella solo procedió a firmarlo, pero nunca tuvo contacto con algún asesor de esa AFP (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2022, récord 4:14).

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

EXP. 07 2020 00109 01

Juana Marcela Díaz Recaman vs Colpensiones y otro.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos, bonos pensionales, así como la devolución de los gastos de administración, montos de las primas de seguros previsionales y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima a cargo de aquella debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

EXP. 07 2020 00109 01

Juana Marcela Díaz Recaman vs Colpensiones y otro.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



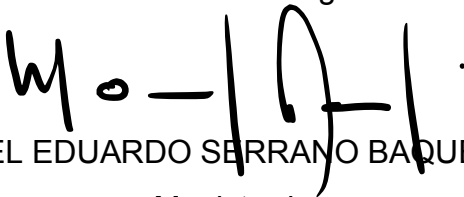
MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 07 2020 00109 01

Juana Marcela Díaz Recaman vs Colpensiones y otro.

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

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE FERNANDO BLANCO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, Y LAS SOCIEDADES
ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 24 de abril de 2023 por la Juez Décima Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FERNANDO BLANCO presentó demanda contra COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y las SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad absoluta por vicio en el consentimiento* del traslado realizado del Instituto de Seguro Social al Régimen de Ahorro Individual el 1 de enero de 1999, así como los subsiguientes traslados efectuados dentro del RAIS a COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN. Afirmo que le *hicieron caer en el error* de cambiar de régimen pensional con información insuficiente y engañosa. Pide que se ordene a los fondos

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

administradores de pensiones y cesantías del RAIS que transfieran a COLPENSIONES el saldo de su cuenta de ahorro individual incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros, el 3% destinado a gastos de administración y el 1,5% destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, junto con la historia laboral en la que conste el detalle de las cotizaciones efectuadas en ese régimen, y a COLPENSIONES, reactivar sin solución de continuidad su afiliación en el régimen de prima media *con todos los derechos pensionales que gozaba antes del 1 de enero de 1999* y registrar en su historia laboral el detalle de las cotizaciones transferidas por las AFP del RAIS (folios 142 a 159, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones con fundamento en que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a COLFONDOS. Además, porque se presume que dicho traslado fue válido y se realizó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, por lo que corresponde a la parte actora probar la existencia del vicio del consentimiento que alega. En su defensa propuso como excepciones de mérito: prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y *declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 166 a 170, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso igualmente a las pretensiones, . Aduce que la afiliación del demandante fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, como se observa del formulario de vinculación en el que consta la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el párrafo del artículo 54 A del C.P.T. Refiere que siempre garantizó el derecho de retracto pues publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó sobre la posibilidad de los afiliados de trasladarse entre regímenes conforme las

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

modificaciones que introdujo la Ley 797 de 2003. Advierte que el demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que le impide trasladarse de régimen. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (ver contestación folios 205 a 224 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS dijo no constarle ninguno de los hechos. No se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas que involucren a esa entidad, excepto la 2.4 relativa a la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual *incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros, el 3% que haya sido destinado a gastos de administración y el 1,5% que haya sido destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima*. Asegura que tiene *plena capacidad y ánimo conciliatorio* frente a las pretensiones expuestas pues comparte la decisión de la parte actora de trasladarse al régimen de prima media aun cuando esa AFP llevó a cabo todas las campañas, capacitaciones e información suficiente sobre las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas de ambos regímenes, sin embargo, dice, no se podrá condenar a esa sociedad a la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima pues el pago de la prima previsional, el de asesoría por contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios están consagrados en la ley. Propuso como excepciones de fondo *buena fe y la innominada* (ver contestación 241 a 246).

PROTECCIÓN S.A., se opuso también a las pretensiones de la demanda que involucren a esa entidad, en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del demandante a ese fondo, por cuanto se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata en el formulario de afiliación suscrito por el demandante en forma libre y espontánea en el año 1994 con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes que generó derechos y obligaciones y cumple con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la diferencia que pueda existir en el valor de su mesada pensional en el RAIS o en el RPM no implica un engaño. Refiere que el actor está a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, razón por la cual no puede trasladarse de régimen.

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

Propuso en su defensa, las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*, y la genérica (ver contestación folios 3 a 24 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de abril de 2023, mediante la cual la Juez Décima (10) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS no cumplió con el deber de información, caracterizado por la entrega de elementos suficientes y necesarios sobre las características, modalidades, desventajas y la forma como se calcula el monto de la pensión, que permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación del demandante señor FERNANDO BLANCO a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante la suscripción de la afiliación realizada el 18 de noviembre de 1998 y por ende las subsiguientes afiliaciones realizadas con HORIZONTE hoy la AFP PORVENIR el 31 de octubre del año 2000 y la realizada con ING, hoy la AFP PROTECCIÓN el 20 de mayo del año 2008, y el traslado por fusión entre ING y PROTECCIÓN realizado el 31 de diciembre del año 2012, por cuanto se incumplió con el deber de información al no darse las características, ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado de régimen pensional por ende se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS y se ordena su regreso automático, sin solución de continuidad, al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia. SEGUNDO: Se CONDENA a COLPENSIONES a recibir y*

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

restablecer la afiliación del demandante señor FERNANDO BLANCO al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia. TERCERO: Se CONDENA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a realizar la devolución al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, de todas las sumas que existan en la cuenta individual del señor FERNANDO BLANCO, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y debe incluir la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados que se le hubiesen descontado al demandante durante su vinculación a la AFP PROTECCIÓN S.A., y deberá allegar a COLPENSIONES la documental correspondiente por parte de PROTECCIÓN correspondiente a la información de ciclos cotizados, ingreso base de cotización, rendimientos, intereses así como también la información respecto de las sumas descontadas correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima, para que COLPENSIONES pueda establecer que efectivamente se realizó la devolución correspondiente en los términos indicados en esta sentencia y se le otorga un término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia para que la AFP PROTECCIÓN haga la devolución ordenada de conformidad a la parte motiva. CUARTO: Se CONDENA a COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTÍAS y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a realizar con destino al RPM administrado por COLPENSIONES de las sumas descontadas al demandante FERNANDO BLANCO durante su vinculación a estas administradoras correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes de garantía de pensión mínima con cargo a sus utilidades y debidamente indexados, se le otorga el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, para que se realice la devolución correspondiente, deberá también allegar a COLPENSIONES los documentos que permitan establecer que se hizo el pago de estas devoluciones a COLPENSIONES y los documentos que permitan establecer cuáles fueron

EXP. 10 2019 00090 01
 Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

las sumas descontadas al demandante durante su vinculación por los conceptos que se ha ordenado la devolución correspondiente de conformidad a la parte motiva de esta providencia. QUINTO: Se CONDENA a COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia deberá registrar en la historia laboral del demandante para efectos pensionales las semanas cotizadas por el señor FERNANDO BLANCO durante su vinculación al RAIS y también se condena a COLPENSIONES a que una vez reciba los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS deberá hacer la revisión de que se hace la devolución en los términos ordenados en esta sentencia al igual que la devolución que hace la AFP PROTECCIÓN de conformidad a la parte motiva de la providencia. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las demandadas de conformidad a lo expuesto en la parte motiva. SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a la AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a COLPENSIONES a favor de la parte actora deben ser liquidadas por secretaría las costas incluyendo como agencias en derecho a cargo de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS como agencias en derecho la suma de \$1.100.000 y como agencias en derecho a cargo de COLPENSIONES, de la AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A. como agencias en derecho la suma de \$350.000 a cargo de cada una de ellas. OCTAVO: De no ser apelada la presente providencia, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, todas las condenas impuestas a COLPENSIONES” (Audiencia virtual, récord 2:26:30 archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, pide que se revoque la orden de indexación porque, a su juicio, dicha condena resulta incompatible con los rendimientos financieros que se generaron mientras el demandante estuvo afiliado a esa sociedad los que compensan la pérdida del poder adquisitivo de la cuenta de ahorro individual¹ (Audiencia virtual, récord 2:39:05 archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias su señoría estando en el momento procesal adecuado de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación parcial contra el numeral cuarto de la sentencia

EXP. 10 2019 00090 01
 Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia pues no obran pruebas suficientes dentro del expediente de las que se pueda inferir que el traslado no se hubiera realizado de manera libre y voluntaria, o que exista algún vicio del consentimiento, o que no se le hubiere informado al demandante de manera clara y precisa sobre los efectos jurídicos del traslado. Advierte que se encuentra la restricción temporal para trasladarse de régimen por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional. Pide que se revoque la condena en costas pues siempre ha actuado de buena fe y en estricta aplicación de las normas² (Audiencia

acabada de proferir por el despacho con el fin de que el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelva sobre el asunto en procedencia y se sirva revocar las condenas impuestas a Porvenir de manera indexada, como lo señalo en la parte motiva y resolutive de la sentencia acabada de proferir. En cuanto a la indexación me permito resaltar que es improcedente de acuerdo con lo mencionado en sentencia C-161 del 13 de mayo de 2010 Magistrado ponente el Doctor Edgardo Villamil Portilla en donde se señala que la indexación consiste en la manera de actualización de la moneda cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos y pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial y que se descende periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación todo bajo la idea de que pago sea cual fuere el origen de la prestación debe ser íntegro y conforme a la decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias recogida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 en materia también de obligaciones también en sentencias de fecha del 26 de junio de 2016 se precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma en el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía, en ese orden de ideas teniendo en cuenta que las obligaciones que deben cumplir las AFPS y en lo particular en cuanto el demandante estuvo afiliado a Horizonte hoy Porvenir S.A., se encontró la de rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual del demandante y cada uno de sus afiliados por cuanto resulta incompatible ordenar la indexación pues los recursos que obran en la cuenta de ahorro del demandante por el contario así mismo su señoría teniendo en cuenta que también se ordenaron devolver estos rendimientos de igual manera y teniendo cuenta que se está ordenando pues este concepto este rubro sería excluyente en la medida que también incluye los frutos, financieros que se obtuvieron con los dineros recibidos mientras el demandante estuvo afiliado en Porvenir como consecuencia de la inflación y pues nunca se vieron afectados debe tenerse en cuenta que tal rubro y como lo he mencionado anteriormente sería excluyente con la indexación ordenada como lo indicó honorable Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia del 21 junio de 2022, sentencia del 25 de julio y 31 de octubre de 2022, teniendo en cuenta que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo la moneda que pudiese haberse generado en los conceptos a retornar. Adicionalmente por último se fundamenta previamente a lo mencionado con las restituciones mutuas productos de la ineficacia respecto de lo cual se aplica el artículo 1746 del C.C. pues al no existir norma que regule la temática de las ineficacias y de la jurisdicción laboral pues se aplica está en materia comercial, en se sentido honorables magistrados solicito se revoque parcialmente el numeral cuarto de la sentencia acabada de proferir por el despacho, muchas gracias”

² “Muchísimas gracias su señoría presento recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho en cuanto a las condenas y obligaciones impuestas a mi defendida la administradora colombiana de pensiones Colpensiones teniendo en cuenta que no se comparte la decisión tomada en esta instancia conforme los siguientes argumentos: El traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado al régimen suscrito con la AFP Colfondos y la omisión de información vital para haber efectuado el cambio de régimen alegados por la parte demandante como se demostró a lo largo de la audiencia y en las declaraciones del demandante en el interrogatorio de parte no le asiste derecho, ya que el actor tuvo conocimiento del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la parte actora y la AFP

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

virtual, récord 2:42:12 archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Colfondos es nulo toda vez que obran dentro del presente proceso pruebas documentales suficientes los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al régimen de ahorro individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria así como el respectivo asesor del fondo privado suministró la total de información Clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le conduciría el traslado del régimen de prima media administrado por el instituto de seguros sociales con destino régimen de ahorro individual tratándose de la afiliación al sistema pensional lo primero que debe decirse es que los afiliados cuentan con el derecho de escoger libremente a qué régimen se afilia tal como lo indica el artículo segundo de la ley 797 2013 el cual modifico el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 el cual nos indica que después de un año de vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltara en 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, es así que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad ineficacia del traslado teniendo en cuenta que el demandante fue informado por el fondo en el que se encuentra afiliado al cual suministró la información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes por lo tanto no se evidencia vicio del consentimiento por error, fuerza o dolor como quiera que el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando sabía que se trataba el traslado de sus aportes en pensión no fue obligado ni mucho menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara y por último referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba en el presente no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño lo indujo a que realizara el traslado por lo anterior se puede concluir que el demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado de que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual por ende no se vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de esta demanda por lo contrario a la parte actora se le respetó su derecho de afiliación al suscribir el formulario con el régimen de ahorro individual con solidaridad y se entiende que es una persona que goza de toda la capacidad legal no se encuentra el actor no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar el traslado alguno entre regímenes pensionales dado que en la actualidad cuenta con 55 años de edad teniendo en cuenta que nació el 30 de julio de 1959 por lo anterior el actor se encuentra inmerso en la prohibición establecida en la ley 797 2003 artículo segundo literal e) el cual dice que los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran una vez efectuada la selección inicial estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial después de un año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. En cuanto a la decisión en condena en costas impuesta a mi defendida la entidad que represento siempre ha actuado de buena fe tanto esta entidad como las entidades o personas que acuden a ella en calidad de usuarios o afiliados y en desarrollo de lo expresado en nuestra Carta Magna artículo 83 indica que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse bajo los postulados de buena fe la cual se presumirá de todas las gestiones que ellos adelanten ante estas se debe presumir la buena fe a menos que se demuestre lo contrario situación que lleva la imposibilidad de condenar en costas con base en lo siguiente el artículo 365 del código general del proceso e igualmente aplicable al procedimiento laboral atendiendo al artículo 145 del código procesal del trabajo faculta el juez para condena en costas a la parte vencida teniendo en consideración la conducta asumida por esta que es una norma de carácter procesal de vigencia inmediata de acuerdo al artículo 40 de la ley 153 de 1887 y la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por lo anterior solicito se revoque la decisión en condena en costas impuesta mi representada en razón a que la misma actuado o la buena fe y en estricta aplicación al principio legal que le corresponde en este caso en concreto Solicito al honorable Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá que se revoque la sentencia preferida por el juzgado décimo laboral de Bogotá y en su lugar exonere a mi defendida la administradora colombiana de pensiones Colpensiones de todas las condenas impuestas. Igualmente solicitó que se conceda recurso de apelación para ser resuelto por el superior Muchas gracias”.

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

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

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

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 39³ años de edad y había cotizado 308.66⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 5 años 11 meses y 5 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para acceder al derecho pensional (tenía 59 años de edad, páginas 4 y 160 del archivo 01 del expediente digital).

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

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

³ Nació el 30 de julio de 1959, folio 4 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral expedida por Colpensiones y por el Ministerio de Hacienda, válida para bono pensional, folios 43 a 46 archivo 01 y 39 a 41 archivo 11, expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ *Ibidem*.

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

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

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

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

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

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues COLFONDOS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según dijo, en una reunión que tardó aproximadamente 15 minutos, le indicaron que el fondo era mejor pues *no se perdía la plata*, que el ISS se iba a acabar y que en esa entidad tendría que esperar de 6 a 7 años para una pensión y aunque le mencionaron que se accedía a la pensión según el capital ahorrado, que podría pensionarse anticipadamente, que sus aportes en el ISS se trasladarían al fondo a través de un bono pensional, sobre la posibilidad de heredar el dinero ahorrado y otras circunstancias propias del régimen de ahorro individual, no le explicaron cuánto debía ser el capital acumulado para acceder a la pensión, ni las modalidades pensionales, ni la forma de redención del bono pensional, ni la posibilidad de hacer aportes voluntarios para mejorar el monto de la pensión u otras características del RAIS (ver archivo 20 del expediente digital, récord 24:18).

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

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

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 del demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, frutos e intereses, así como la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados, a cargo de aquella y de PORVENIR y COLFONDOS (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

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.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

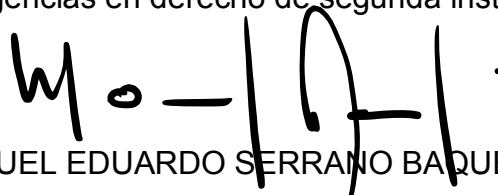

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 10 2019 00090 01
Fernando Blanco contra Colpensiones y otro.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 10 2020 00458 01
Ciro Alfonso Pinilla Pinilla contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE CIRO ALFONSO PINILLA PINILLA CONTRA
LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –
UGPP.**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 13 de abril de 2023 por el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha providencia se CONDENÓ a la UGPP a reconocer pensión de jubilación convencional.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CIRO ALFONSO PINILLA PINILLA presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca pensión de jubilación extralegal con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y SINTRACREDITARIO vigente para los años 1998 y 1999, a partir del 4 de enero de 2011, fecha en que cumplió 55 años de edad, teniendo en cuenta el salario promedio mensual devengado en el último año de servicios debidamente indexado, e incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Exp. 10 2020 00458 01

Ciro Alfonso Pinilla Pinilla contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

Como fundamento de lo pedido, afirma que laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A. por espacio de 22 años y 309 días entre el 19 de agosto de 1976 y el 27 de junio de 1999, desempeñando como último cargo el de Subdirector II en la oficina de Bogotá; su último salario promedio fue de \$1.186.225 y durante la relación laboral con la Caja Agraria estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Caja Agraria “SINTRACREDITARIO” por lo que es beneficiario de la convención colectiva 1998-1998 suscrita entre dicho sindicato y la Caja Agraria, la cual se encontraba vigente al momento de su despido. Asevera que cumplió 55 años el 4 de enero de 2011, y que agotó la reclamación administrativa ante la UGPP (ver demanda folios 2 a 14 archivo No. 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP mediante apoderada. Aceptó el tiempo laborado por el actor a la Caja Agraria, el cargo desempeñado, su afiliación al Sindicato y la edad del demandante. Los demás los negó o dijo no ser hechos. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante no cumplió el requisito de edad (55 años) antes del 31 de julio de 2010, fecha límite establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005 para que las pensiones convencionales perdieran vigencia. Además, dijo, el efecto legal de la convención solo lo cobijó hasta el 27 de junio de 1999 cuando se desvinculó de la entidad y perdió la condición de trabajador. Propuso como excepciones: *improcedencia de (sic) derecho alegado por derogatoria normativa, derogatoria normativa de la convención colectiva por la ley 100 de 1993, pérdida de vigencia de la Convención Colectiva, inexistencia de la obligación por incumplimiento de los requisitos legales para el pago de las mesadas adicionales, improcedencia de la aplicación del IBL establecido en la convención colectiva, Improcedencia de la aplicación de factores salariales de la convención Colectiva, improcedencia de condena en costas, presunción de legalidad de los actos administrativos y firmeza del acto administrativo, caducidad y/o prescripción de la acción, prescripción y la innominada o genérica* (folios 3 a 23 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Exp. 10 2020 00458 01

Ciro Alfonso Pinilla Pinilla contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de abril de 2023, a través de la cual la Juez Décima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UGPP a pagar en favor del demandante la pensión de jubilación reclamada. Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia se remitió el precedente jurisprudencial expuesto en las sentencias SL4550 de 2018 y la SL526 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo que si bien las reglas de carácter pensional contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados perdieron vigencia el 31 de julio de 2010 con la entrada en vigencia del Acuerdo 01 de 2005, el actor tenía el derecho adquirido pues había cumplido con anterioridad los requisitos establecidos para causar el derecho pensional: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, pues la edad pensional es un plazo para su exigibilidad y no una condición de acceso al derecho. Tasó el valor de la primera mesada pensional para el año 2011 en la suma de \$1.794.238,60, debidamente indexada, y por prescripción, reconoció el derecho a partir del 17 de enero de 2017 sobre 14 mesadas anuales, las cuales deben ser pagadas debidamente indexadas, advirtiendo que a cargo de la UGPP solo estaría a cargo el mayor valor dada la compartibilidad de esta prestación con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES.

La parte resolutive de la sentencia apelada tiene el siguiente tenor literal: *“CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP a reconocer y pagar al demandante CIRO ALFONSO PINILLA PINILLA la pensión de jubilación convencional de que trata el artículo 41 parágrafos 1° y 3° de la Convención Colectiva de Trabajo de 1998 a 1999 suscrita entre la Caja Agraria y SINTRACREDITARIO, a partir del día 4 de enero del año 2011 y se reconoce la pensión, mesada pensional inicial de \$1.794.238,60, la cual debe ser pagada con los reajustes legales correspondientes y teniendo en cuenta que en la pensión aquí reconocida es compatible con la reconocida por COLPENSIONES queda a cargo de la UGPP el reconocimiento del mayor valor establecido o reconocido entre la pensión de COLPENSIONES y la pensión aquí ordenada que tenemos que efectivamente para el año 2011 la pensión reconocida por COLPENSIONES fue de \$1.175.546 y la aquí reconocida para la Caja Agraria \$1.794.238,60 se establece diferencia inicialmente de \$618.693 pesos en consecuencia deberá*

Exp. 10 2020 00458 01

Ciro Alfonso Pinilla Pinilla contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

reconocer entonces el mayor valor entre la mesada de COLPENSIONES la mesada a cargo de la pensión convencional y el mayor valor está a cargo de la UGPP que deberá pagar el retroactivo pensional causado entre el 17 de enero del año 2017 hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina del mayor valor a cargo de la UGPP o la pensión convencional aquí reconocida frente a la mesada pensional de COLPENSIONES que hasta el 31 de marzo del año 2023 asciende el recreativo pensional a \$71.472.240,02 sin perjuicio del retroactivo que se siga causando por el mayor valor a cargo de la UGPP hasta la efectiva inclusión en nómina pensionados del señor CIRO ALFONSO PINILLA PINILLA de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y que este retroactivo pensional del mayor valor de mesadas pensionales a cargo de la UGPP debe ser pagado de manera indexada desde la causación de cada mayor valor de mesada pensional a su cargo y la fecha efectiva del pago dando aplicación a la forma establecida por la Corte Suprema de Justicia para indexación. SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada UGPP a excepción de la excepción de prescripción que se declara parcialmente probada frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 17 de enero del año 2017 de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y por ende se absuelve de las diferencias en mesada pensional causadas con anterioridad a esta data. TERCERO: Se CONDENA en costas de esta instancia a favor de la parte actora a la UGPP deben ser tasadas por secretaria e incluirse como agencias en derecho la suma de \$3.000.000. CUARTO: De no ser apelada esta providencia debe tramitarse curso al grado jurisdiccional de consulta de conformidad a lo establecido en el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social” (Audiencia virtual, archivo 11 del expediente digital, récord 1:29:52 trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la UGPP pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia y se absuelva a la entidad de todas las pretensiones incoadas. Afirma que la Convención Colectiva de Trabajo perdió vigencia el 31 de julio de 2010, fecha esta última en la que se podía acceder a los beneficios contenidos en este acuerdo, y para la cual el demandante no había cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios para la *causación* de la pensión. Asegura que,

Exp. 10 2020 00458 01

Ciro Alfonso Pinilla Pinilla contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

en todo caso, la convención no le es aplicable al demandante porque ya no es trabajador de la entidad. Considera que no se dio una adecuada interpretación y aplicación al artículo 41 del instrumento convencional, pues conforme el literal b) de dicha norma el demandante debía solicitar la prestación hasta el 4 de enero de 2012 y no lo hizo, por ello pensión se rige por las normas legales, es decir, por la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003¹ (Audiencia virtual, archivo 11 del expediente digital, récord 1:34:32 trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que el demandante prestó sus servicios a la CAJA DE

¹ “Su señoría, por parte de la UGPP nos separamos respetuosamente del criterio esbozado en la sentencia y se interpone recurso de apelación contra la misma (...) Esta defensa se separa respetuosamente del criterio esbozado en la misma ya que la sentencia de instancia adolece de una falsa motivación teniendo en cuenta que le otorga efectos ultractivos a la convención colectiva de trabajo de 1999 y 1998, ya que la misma perdió su vigencia con la entrada en rigor del Acto Legislativo 01 de 2005 mismo que decretó constitucional que las convenciones colectivas de trabajo perderían vigencia el 31 de julio de 2010 último momento en que los beneficiarios de las mismas podrían acceder a los beneficios contenidos en este tipo de acuerdos privados entre los empleadores y los trabajadores en igual sentido el despacho no tuvo en cuenta que para el momento en que se cumplieron los requisitos de edad y tiempo de servicio presentes en la convención colectiva de trabajo la misma ya se encontraba fuera de vigencia y el demandante ya no era trabajador de la entidad por lo tanto no es posible que una persona sin ser trabajador sea beneficiario de una convención colectiva de trabajo. Ahora bien, en igual sentido la sentencia de instancia adolece del error fáctico por indebida valoración de la prueba ya que de conformidad con el precedente pacífico de la Corte Suprema de Justicia la convención colectiva de trabajo si bien es una norma se entiende como un elemento probatorio allegado al proceso. En ese sentido existe una indebida valoración porque el despacho no valora la integridad la convención colectiva de trabajo aplicada al caso ya que limitó su estudio al parágrafo primero del artículo 41 omitiendo leer y expresar lo contenido en el propio artículo 41 de la convención colectiva de trabajo que es la norma que regula las pensiones no el parágrafo es el artículo 41 especialmente en su inciso segundo expresa que quienes hayan cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio contrario a lo expresado por el despacho a partir de la fecha de la firma de la presente convención para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación en un termino no superior a un año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos. Ahora sin gracia de discusión se quería decir que la convención seguía activa para el 2011 el demandante tenía que haber presentado la reclamación administrativa solicitando el reconocimiento de la pensión convencional hasta el 4 de enero de 2012 y la propia convención expresa en el siguiente inciso y en el literal B que quienes no presenta la reclamación en este tiempo es decir para los que se rigen por régimen convencional 20 años de servicio y 50 años de edad las mujeres y 55 los varones su pensión se regirá por las normas legales vigentes es decir por la Ley 100 modificada por el Acto Legislativo 01 de 2005 y la Ley 797 de 2003. En este sentido al no valorar en su integridad el contenido de la convención colectiva de trabajo se vulneran los derechos del debido proceso de mi representado haciendo así se motiva el presente recurso de apelación solicitando al despacho lo concede y al Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral que revoque la sentencia de instancia, si es del caso y si es real que existen sentencias generando doctrina probable solicitamos al Tribunal que se acoja lo expresado en el artículo séptimo del código general proceso el cual le da amplios poderes para separarse de la doctrina cuando esta se basa en errores fácticos o irrealidades en ese sentido se argumenta el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de distancia, gracias señoría”.

Exp. 10 2020 00458 01

Ciro Alfonso Pinilla Pinilla contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO S.A. entre el 19 de agosto de 1976 al 27 de junio de 1999, esto es, por 22 años 10 meses y 9 días (folios 22 y 23 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia), y (ii) que cumplió 55 años de edad el 4 de enero de 2011 (ver registro civil de nacimiento a folio 19 y cédula de ciudadanía a folio 21, ibídem.).

Tampoco es materia de discusión que al demandante, mediante Resolución GNR 132823 de 23 de abril de 2014, le fue reconocida por COLPENSIONES una pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.175.546, a partir del 4 de enero de 2011 por encontrar satisfechos los requisitos de que trata la Ley 33 de 1985, aplicable por ser beneficiario del régimen de transición (ver folios 25 a 29 del expediente digital, trámite de primera instancia).

El Tribunal debe definir si el demandante causó o no el derecho pensional convencional antes de la entrada en vigor del acto legislativo 01 de 2005.

Para resolver lo que corresponde se debe recordar que los párrafos transitorios primero y segundo del artículo 48 de la Constitución Política terminaron la vigencia de las Convenciones Colectivas de Trabajo en las cuales se reconocían derechos extralegales en materia pensional. Por ello, los derechos extralegales que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro por ausencia de fundamento normativo. Solamente los trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar pensión tendrán un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido a la prestación convencional, derecho que no podían derogar normas posteriores.

Sobre el momento en que se pudo causar el derecho pensional que reclama el demandante, al amparo de la Convención Colectiva de trabajo vigente en el periodo 1998-1999 entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES – SINTRACREDITARIO (aportada al proceso y visible a folios 43 a 106 archivo

Exp. 10 2020 00458 01

Ciro Alfonso Pinilla Pinilla contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

01 del expediente digital, trámite de primera instancia)², se han expresado por la jurisprudencia diversas interpretaciones con el paso del tiempo.

La última de ellas la contienen las sentencias SL 1098 de 2019, SL 4550 de 2018, SL 289 de 2018, SL 722 de 2019, SL 3587 de 2020, SL 4391 de 2020, SL 5178 de 2020, SL 2507 de 2022 y SL 1081 de 2023 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Según esta criterio de interpretación, la pensión de jubilación extralegal de trabajadores ya desvinculados de la Caja Agraria, se debe entender como un derecho causado y adquirido en el momento en que el trabajador cumplió 20 años de servicios sin que importe para el efecto la edad, pues, en palabras de la Sala Laboral, *“la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce y disfrute”*.

Adicionalmente, dice la Corte, no puede exigirse como un *“tercer requisito”* el que la solicitud se haga dentro del año inmediatamente siguiente al momento en que se completen las exigencias convencionales, porque tal situación está prevista para los trabajadores activos (incisos primero y segundo del artículo 41 convencional) y no para los trabajadores retirados (parágrafo ibídem)³.

² El artículo 41 de la Convención Colectiva referida tiene el siguiente tenor literal: *“A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (2) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios (...) Parágrafo 1. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución”*.

³ SL 3587-2020 reiterada SL 1081 de 2023 *“(…) Así las cosas, para la Sala, el único entendimiento posible de dicho Parágrafo 1, es que la pensión de jubilación allí contemplada se causa o adquiere con los requisitos relativos a la prestación de los servicios por más de veinte (20) años a la citada entidad y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa, siendo la edad una condición de exigibilidad del derecho pensional; y sin que pueda exigirse el cumplimiento de un «tercer requisito» para tener derecho a ese beneficio extralegal, como lo estableció el Tribunal, esto es, la exigencia de la solicitud dentro del año inmediatamente siguiente al cumplimiento de los requisitos, lo cual, según quedó expuesto, sí se le exigió a aquellos trabajadores que completaran las exigencias convencionales durante el desarrollo de la relación laboral (incisos primero y segundo), pero no a los trabajadores que retirados del servicio, cumplan las edades con posterioridad a su desvinculación (parágrafos 1 y 2).”* (Subrayas de la Sala).

Exp. 10 2020 00458 01
Ciro Alfonso Pinilla Pinilla contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

Con este criterio de interpretación de la Sala Laboral de la Corte, el Tribunal confirmará la sentencia apelada en cuanto ordenó el pago de la prestación, pues el derecho del demandante se habría causado el 27 de junio de 1999 cuando terminó su contrato de trabajo, y ello ocurrió antes del límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 para la pérdida de vigencia de las pensiones convencionales (31 de julio de 2010 según lo dispone el Parágrafo Transitorio No. 3 del Acto Legislativo 01 de 2005). Como para esa fecha el demandante había prestado 22 años 10 meses y 9 días de servicios en la entidad (folios 22 y 23 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia), no quedó regulado por los parágrafos transitorios de la Constitución Política, en criterio de la Corte Suprema de Justicia.

Pasa ahora el Tribunal a estudiar en Consulta a favor de la UGPP, el valor de la primera mesada pensional.

Para ese efecto se hicieron las operaciones aritméticas necesarias y se obtuvo de ellas la suma de **\$1.794.238,60** como mesada para el 4 de enero de 2011.

Tal valor resulta de la inclusión en el promedio mensual de los salarios devengados en el último año de servicios del sueldo básico, la prima de antigüedad y la doceava parte de la suma de los factores variables, a los que refiere el parágrafo 3° del artículo 41 de la norma convencional, según la certificación realizada por Grupo de Entidades Liquidadas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que obra a folios 22 y 23 del archivo 001 del expediente digital, y se aplicó una tasa de reemplazo del 75%. El ingreso base se indexó multiplicando el valor histórico (Rh), que es el último salario mensual promedio devengado, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la última anualidad anterior a la fecha de causación de la pensión), por el índice inicial, es decir el vigente en la anualidad anterior a fecha en que terminó la relación de trabajo. Conforme al certificado laboral (folios 22 y 23 archivo 01), el salario promedio devengado para efectos pensionales en el último año de servicios y suma a actualizar es \$1.186.225 que se multiplica por el resultado de dividir el índice de precios vigente en diciembre de 2010 (73,45) entre el índice de precios vigente en diciembre 1998 (36,42). De tal operación se obtiene un salario actualizado de \$2.392.318,13. A este valor se le aplica el porcentaje de 75%,

Exp. 10 2020 00458 01

Ciro Alfonso Pinilla Pinilla contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

lo que arroja como resultado la suma de \$1.794.238,60 como valor de la primera mesada de pensión de jubilación restringida para el 4 de enero de 2011.

Se debe advertir -como lo hizo el juzgado- que la prestación tiene el carácter de *compartida* con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES en favor del demandante, pues así lo ordena el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 al disponer que las pensiones reconocidas en forma *voluntaria* con posterioridad a octubre del año 1985 tienen el carácter de compartidas con las pensiones de vejez que otorgue en el futuro el Sistema, y así lo ratifica el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 al asignar a las *pensiones extralegales* – en general- el carácter de compartidas, por lo que a cargo de la demandada solo estará el mayor valor.

Por prescripción, procede el pago de la pensión convencional a partir del 17 de enero de 2017 pues sobre la acción para el pago de mesadas anteriores operó dicho fenómeno. El término se interrumpió con la reclamación pensional elevada el 17 de enero de 2020 (folios 52 a 56 archivo 06 del expediente digital) y la demanda se presentó el 9 de diciembre de 2020 (archivo 002 del expediente digital).

De acuerdo a lo dicho, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó el pago de la prestación y su valor, modificando su contenido únicamente en el valor tasado como retroactivo en la sentencia de primera instancia, pues en prestaciones periódicas el saldo final a cargo del deudor solo se puede obtener cuando la entidad paga y hace la inclusión en nómina de las sumas debidas.

Procede la indexación de las mesadas adeudadas a la fecha del pago, como quiera que mantener su valor adquisitivo constituye una garantía constitucional⁴.

La pensión se debe pagar en 14 mesadas pues, bajo el mismo criterio jurisprudencial de la Corte, pues se causó el 27 de junio de 1999 antes de la

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL359-2021 Rad. 86405 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Exp. 10 2020 00458 01

Ciro Alfonso Pinilla Pinilla contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

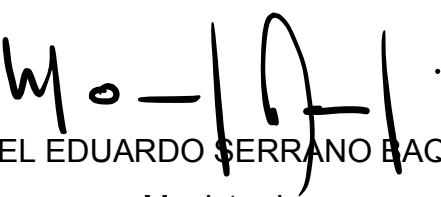
vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que dispuso la extinción del derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia, únicamente, en cuanto definió un valor concreto por concepto de retroactivo por mayor valor a cargo de la UGPP.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 10 2020 00465 01
Elsy Constanza Gaitán Beltrán vs Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ELSY CONSTANZA GAITÁN BELTRÁN
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 18 de abril de 2023 por la Juez Décima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ELSY CONSTANZA GAITÁN BELTRÁN presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* o ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual realizada en marzo de 1995 con la AFP PROTECCIÓN S.A., por existir *engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento*. En consecuencia, pide que se ordene a PROTECCIÓN retornarla al RPM administrado por COLPENSIONES, junto con los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con

EXP. 10 2020 00465 01
Elsy Constanza Gaitán Beltrán vs Colpensiones y otro.

todos sus frutos e intereses y con los rendimientos que se hubieren causado (ver demanda folios 1 a 19 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que obran en el expediente medios de prueba suficientes de los cuales se puede determinar que el traslado realizado por la demandante fue libre y voluntario, y que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del régimen de prima media administrado por el ISS con destino al régimen de ahorro individual, los cuales manifestó comprender y conocer al suscribir el formulario de afiliación correspondiente. En su defensa propuso como excepciones las de prescripción, *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe* y la innominada o genérica (ver contestación folios 5 a 15 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A. se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que nos encontramos ante un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se prueba con el formulario de afiliación que suscribió, acto que fue realizado de manera libre y voluntaria en los términos del Decreto 692 de 1994 que, a su juicio, tiene la naturaleza de un verdadero contrato por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza de ambas partes. Asegura que el acto jurídico de traslado cumplió con todos los requisitos y por lo tanto produce todos los efectos. Advierte que la forma como se liquide la pensión en el RAIS no hace nula la afiliación ya que dicha fórmula está consagrada legalmente. Indica que la demandante se encuentra dentro del límite de traslado previsto en el literal 3 del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos*

EXP. 10 2020 00465 01
Elsy Constanza Gaitán Beltrán vs Colpensiones y otro.

públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (ver contestación folios 3 a 20 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de abril de 2023, mediante la cual la Juez Décima (10) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante señora ELSY CONSTANZA GAITÁN BELTRÁN identificada con cédula de ciudadanía 51.844.925 de Bogotá a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A mediante la suscripción de la afiliación el 16 de febrero de 1995, por ende hay lugar a declarar ineficaz los subsiguientes traslados efectuados por la demandante a COLMENA, ING y los traslado por cesión y fusión que finalizaron en la AFP PROTECCIÓN S.A, por cuanto no se cumplió con el deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN, al momento del traslado no se le dio la información completa, cierta, veraz y oportuna de las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni de las consecuencias del traslado del régimen pensional de la actora, por ende se declara ineficaz el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado el 16 de febrero de 1995 y se ordena su regreso automático y la*

afiliación al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES como si nunca se hubiere trasladado, sin solución de continuidad, conforme a la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: Se CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir y restablecer afiliación de la demandante ELSY CONSTANZA GAITÁN BELTRÁN al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a la parte considerativa de esta sentencia. TERCERO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., hacer entrega al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ELSY CONSTANZA GAITÁN BELTRÁN en su cuenta individual correspondiente a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos, bonos pensionales, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., que se hubiesen recibido y así mismo a realizar la devolución de los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que se le hayan descontado durante su vinculación a la AFP PROTECCIÓN a la demandante con cargo a sus propias utilidades y obviamente indexados, para ello se le otorga el termino de 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia para esta devolución y deberá allegar a COLPENSIONES los documentos que permitan establecer que se hace la devolución de todas estas sumas recibidas y entregadas a COLPENSIONES por la señora ELSY CONSTANZA GAITÁN BELTRÁN acompañando también la información que permite establecer a COLPENSIONES los ciclos cotizados, IBC, valor de las cotizaciones recibidas, intereses, frutos y rendimientos que se hayan causado así como cuales fueron las sumas que se le descontaron por concepto de gastos de administración, sumas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia , los porcentajes de garantía de pensión mínima para que pueda establecer que se hace la devolución en los términos ordenados en esta sentencia. CUARTO: Se CONDENA a COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia debe imputar a la historia laboral de la demandante ELSY CONSTANZA GAITÁN BELTRÁN las semanas cotizadas durante su vinculación en el régimen de ahorro individual con solidaridad en la historia laboral de COLPENSIONES para objetos pensionales, así mismo se CONDENA a la ADMINISTRADORA

EXP. 10 2020 00465 01
 Elsy Constanza Gaitán Beltrán vs Colpensiones y otro.

COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a que una vez ingresen las sumas provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A debe proceder a revisar que se hagan en las condiciones establecidas y dadas en esta sentencia conforme a la parte motiva de la providencia. QUINTO: Se DECLARA no probadas las excepciones planteadas por COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa. SEXTO: Se CONDENA en costas de esta instancia a la AFP PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES a favor de la parte actora deben ser liquidadas las costas por la secretaría del despacho incluyendo como agencias en derecho a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. la suma de \$1.100.000 como agencias en derecho, y a cargo de COLPENSIONES, por agencias en derecho la suma de \$300.000. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada esta providencia debe surtir el grado jurisdiccional de consulta de conformidad al artículo 69 CPT y SS por las condenas impuestas a Colpensiones” (Audiencia virtual, récord 1:48:56, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES en el recurso, afirma que el traslado que realizó la demandante al RAIS tiene plena validez pues no se acreditó vicio alguno del consentimiento y, por el contrario, con las pruebas aportadas se puede determinar que fue libre y voluntario y que el asesor suministró información clara y precisa sobre los efectos de dicho acto. Advierte que la demandante está inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 por lo que no es posible su retorno al RPM. Solicita se revoque la condena en costas debido a que actuó de buena fe¹ (Audiencia virtual, récord 1:54:11, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Su señoría presento recurso de apelación en contra de la sentencia preferida por este despacho en cuanto a las condenas y obligaciones impuestas a mi defendida la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES teniendo en cuenta que no se comparte la decisión tomada en esta instancia conforme los siguientes argumentos. A la fecha del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito con la AFP PROTECCIÓN S.A y la omisión de información vital por haber efectuado el cambio de régimen alegados por la parte demandante como se demostró a lo largo de esta audiencia en las declaraciones de la demandante en el interrogatorio de parte no le asiste derecho ya que la actora tuvo conocimiento del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la parte actora y la AFP PROTECCIÓN es nulo toda vez que obran dentro del presente proceso medios de pruebas documentales suficientes los cuales conllevan a determinar que el

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

traslado efectuado por la accionante régimen de ahorro individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria así como el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le conduciría al trasladarse de régimen de prima media administrado por el instituto de seguros sociales con destino al régimen de ahorro individual tratándose de afiliación al sistema pensional lo primero que debe decirse es que los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente a qué régimen se afilia tal como lo indica el artículo segundo de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual señala que después de un año de vigencia de la presente ley la afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la para tener derecho a la pensión de ejes es así que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo en el que se encuentra afiliado el cual suministró la información veraz y completa acerca de las ventajas desventajas de los dos regímenes por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error fuerza o dolor como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión no fue obligada ni mucho menos ejerció presiono fuerza para que se trasladara Y por último referente al dolo el cual es de Resaltar que el mismo no Se presume sino que se prueba no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo a que realizara el traslado por lo anterior la demandante recibió toda la información para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual por ende no se vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de esta demanda contrario sensu a la parte actora se le respetó su derecho de afiliación al suscribir el formulario con el régimen de ahorro individual con solidaridad y se entiende que es una persona que goza de toda la capacidad legal. De igual forma en la circular de la superintendencia financiera manifiesta lo anterior teniendo en cuenta la circular 016 de 2016 la superintendencia financiera de Colombia mediante la cual se establecen los mecanismos para que tanto las AFP como Colpensiones realicen dicha asesoría a partir del primero de octubre de 2016 a las mujeres de 42 años o mayores y hombres de 47 o mayores desde la fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de régimen sin antes haber recibido dicha asesoría por lo cual dicha restricción no es retroactiva y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la superintendencia financiera de Colombia por la anterior se puede concluir que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual por lo anterior no es procedente que se declare que Colpensiones de aceptar el traslado de la demandante O sea que nació el 9 de agosto de 1965 y a la fecha cuenta con más de 50 años de edad y por lo tanto la demanda en la prohibición establecida en la ley 797 2003 artículo segundo literal e que dice que los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefiera una vez efectuada la selección inicial esto solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial después de un año de la vigencia de la presente ley de la afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltara en 10 años o menos para cumplir la para tener el derecho a la pensión de vejez en cuanto a la condena en costas impuesta a mi defendida se debe presumir la buena fe a menos que se demuestre lo contrario situación que lleva la imposibilidad de condenar en costas con base en lo siguiente artículo 365 del código general del proceso igualmente aplicable al procedimiento laboral atendiendo al artículo 145 del código procesal del trabajo faculta el juez para condena en costas a la parte vencida teniendo en consideración la conducta asumida por esta que es una norma de carácter procesal de vigencia inmediata de acuerdo con el artículo 40 de la ley 153 de 1887 y la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia solicito se revoque la decisión en condena en costas impuesta mi representada en razón a que la misma actuado bajo la buena fe en estricta aplicación al principio legal que le corresponde en este caso en concreto teniendo en cuenta las razones anteriores solicito al honorable tribunal superior sala laboral de Bogotá que se revoque la sentencia preferida por el juzgado décimo laboral de Bogotá y en su lugar exonere a mi defendida la administradora colombiana de pensiones Colpensiones de todas las condenas impuestas Así mismo solicito que se conceda recurso de apelación para ser resuelto por el superior Muchas gracias”

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

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

EXP. 10 2020 00465 01

Elsy Constanza Gaitán Beltrán vs Colpensiones y otro.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 29² años de edad y había cotizado 399,57³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 6 años, 11 meses y 2 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 55 años de edad- ver folio 78 del archivo No 01 y archivo 02 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶.

² Nació el 9 de agosto de 1965.

³ Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, válida para bono pensional, folios 56 y 57 archivo 10 del expediente digital.

⁴ *Ibidem*

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

EXP. 10 2020 00465 01
 Elsy Constanza Gaitán Beltrán vs Colpensiones y otro.

Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 10 2020 00465 01
Elsy Constanza Gaitán Beltrán vs Colpensiones y otro.

efectos”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, reunieron a todos los empleados de la compañía e hicieron una presentación que duró aproximadamente 20 a 25 minutos, en el que les comentaron que PROTECCIÓN era un fondo de pensiones nuevo, que el seguro social se iba a acabar, que tendrían segura la pensión si se afiliaban a ese fondo, que se podrían pensionar anticipadamente y hacer ahorros voluntarios, pero no le indicaron las modalidades de pensión, los requisitos para acceder a las prestaciones entre otras características del RAIS (Audiencia virtual del 18 de abril de 2023, récord 18:55).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender

EXP. 10 2020 00465 01
 Elsy Constanza Gaitán Beltrán vs Colpensiones y otro.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos, bonos pensionales, así como la devolución de los gastos de administración, montos de las primas de seguros previsionales y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima 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, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

EXP. 10 2020 00465 01
Elsy Constanza Gaitán Beltrán vs Colpensiones y otro.

perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 10 2020 00465 01
Elsy Constanza Gaitán Beltrán vs Colpensiones y otro.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 11 2021 00583 01
María Rosalba Torres Guevara vs Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA ROSALBA TORRES GUEVARA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor la sentencia dictada el 14 de abril de 2023 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA ROSALBA TORRES GUEVARA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare nulo o ineficaz el traslado del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR, con fundamento en que el fondo omitió el deber legal de proporcionar información veraz y oportuna. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR realizar la anulación o ineficacia del traslado de régimen, trasladar a Colpensiones los aportes junto con los rendimientos, gastos de

EXP. 11 2021 00583 01
María Rosalba Torres Guevara vs Colpensiones y otro.

administración y demás emolumentos generados, y a esta última tenerla como afiliada en el RPM sin solución de continuidad, además de emitir resolución pensional con el respectivo retroactivo (ver demanda folios 1 a 18 del archivo No. 01 del expediente digital trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones. Afirma que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y conforme a lo dispuesto en el artículo 2.6.10.1.4 del Decreto 2255 de 2010, es un deber del afiliado del Sistema General de Pensiones estar atento de su estatus pensional. Advierte que la afiliada no podía trasladarse pues le faltaban más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. En su defensa propuso las excepciones 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 de la acción laboral, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la genérica* (ver contestación folios 2 a 40 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

EXP. 11 2021 00583 01
María Rosalba Torres Guevara vs Colpensiones y otro.

nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (ver contestación en archivo 09 folios 2 a 30).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de abril de 2023, mediante la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre características, ventajas, desventajas de los regímenes y sus posibles consecuencias futuras que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses, siendo prueba insuficiente el formulario de afiliación. Ordenó a COLPENSIONES que en un término no mayor a 15 días luego de recibir el traslado de los recursos por parte de la AFP PORVENIR, se pronuncie sobre la solicitud pensional elevada por la demandante.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional afectada el día 14 de marzo del año 2000 por la señora MARÍA ROSALBA TORRES GUEVARA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada en este caso por PORVENIR S.A. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES la totalidad de la sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS es decir el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias por su respectivo rendimiento financieros incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y al fondo de garantía de pensión mínima entendido estos gastos de administración como comisiones de administración, pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y eventualmente en caso de haberse realizado el pago de primas de reaseguros de FOGAFIN*

EXP. 11 2021 00583 01
María Rosalba Torres Guevara vs Colpensiones y otro.

repito únicamente le encantó el caso de haberse realizado ese pago y además al fondo de garantía de pensión mínima. TERCERO: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante MARÍA ROSALBA TORRES GUEVARA en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído y a computar esos tiempos cotizados por la actora en la historia laboral de la demandante en COLPENSIONES. CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas. QUINTO: CONDENAR en costas a la AFP PORVENIR S.A incluyendo como agencia en derecho en favor de la demandante la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. SEXTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que una vez le sean devueltos los recursos por parte de la AFP PORVENIR que aquí se ordenan proceda entonces en un término no mayor a 15 días a pronunciarse sobre la solicitud de reconocimiento pensional elevado por la demandante. SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta ante la sala laboral del honorable Tribunal Superior de Bogotá en favor de la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la ley 1149 del 2007. ”
(Audiencia virtual, récord 1:26:26, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque la sentencia apelada, con sustento en la imposibilidad legal de la demandante para retornar al RPM, pues no se demostraron vicios del consentimiento en la decisión de traslado y se debe tener en cuenta la evolución del deber de información en relación con el traslado de régimen y la afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema. En caso de no acoger los anteriores argumentos, solicita se condicione el cumplimiento de las condenas al cumplimiento de la sentencia

EXP. 11 2021 00583 01

María Rosalba Torres Guevara vs Colpensiones y otro.

por parte de PORVENIR¹ (Audiencia virtual, récord 1:29:51, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Su señoría muchísimas gracias a continuación de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su honorable despacho con el fin de que el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revoque la decisión tomada y en su lugar absuelva a mi representada Colpensiones conforme los fundamentos jurídicos que expondré a continuación aclarando señores magistrados en primer lugar que si bien se encuentra regulado el grado jurisdiccional de consulta por políticas de la entidad se sustenta este recurso de apelación en los siguientes puntos que se mencionaran a continuación: La primera la condición de la demandante al retornar al régimen de prima media, el segundo la ausencia de vicios del consentimiento, el desconocimiento del precedente jurisprudencial y finalmente como un cuarto ítem o fundamento jurídico el principio de sostenibilidad financiera. Así las cosas señores magistrados como se ha venido sustentado y argumentando en el trascurso del proceso digamos que en primer la demandante se encontraba en una prohibición legal para retornar a Colpensiones pues cuando solicito el traslado o acudió a Colpensiones para que se declarara la ineficacia como ella lo llamo para esta fecha ya contaba con más de 47 años de edad por lo tanto le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad por esta razón es que conforme a la Ley 100 de 1993 no podía retornar a Colpensiones. En segundo lugar en cuanto a lo no configuración de los vicios del consentimiento de ello se tiene que la demandante no logro acreditar en el trascurso del proceso ni en el interrogatorio de parte que se surtió en la audiencia inicial que se le haya por parte de Porvenir que se le haya hecho incurrir en alguno de los vicios del consentimiento contemplados en el código civil y específicamente en el artículo 1604 del código civil que si bien en este punto ya la jurisprudencia a hablado de la ineficacia del traslado mi representada considera que teniendo en cuenta que es una afiliación suscrita en el año 2000 es un negocio jurídico que se debe regir por las articulaciones o por la normatividad del código civil y por ello es que hablamos que en este caso no se configuro ningún vicio del consentimiento. Por otro lado y en cuanto al precedente jurisprudencial como ya lo manifesté pues mi representada no desconoce al amplio precedente jurisprudencial donde ya la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que en este tipo de casos casi que de contera procede la ineficacia del traslado, sin embargo Colpensiones se parta de esta primicias o sobre estos fundamentos jurídicos emanados por la Corte Suprema de justicia en el sentido de que allí se utiliza como norma de aplicación del deber de información contemplado en el Decreto 663 del año 1993 sin embargo se tiene que entre el año 1993 y entre el año 2014 pues no se exigía nada diferente a la suscripción del formulario como bien lo manifestó en la contestación y en los alegatos, es decir que el fondo privado en el momento en que se hizo la afiliación en el año 2000 pues no se le debía exigir algo diferente a la suscripción del formulario allí desde el año 2015 es que se empieza a exigir la doble asesoría donde ya se debe brindar una informar detallada si le beneficio o no le beneficia estar en un fondo privado o en un fondo público todo esto pues nos lleva a la interpretación que desde el año 2023 al año 2014 no se exigía nada diferente, por lo que la demandante firmo el formulario de afiliación teniendo la plena capacidad y sin ningún vicio para manifestar que quería pertenecer al régimen de ahorro individual ahora máxime cuando han transcurrido 23 años y la demandante durante todo ese tiempo no manifestó su querer o su sentir de devolverse a Colpensiones y es aquí cuando hay que manifestar señores magistrados del interrogatorio de parte que la demandante confirma que su voluntad o la decisión de demandar hoy a Colpensiones es específicamente porque conoce o se enteró que iba a va a recibir una mejor mesada en Colpensiones lo cual va en contravía de todos los principios constitucionales. Finalmente solicito señores magistrados se tenga en cuenta el principio de sostenibilidad financiera pues la corte constitucional ha manifestado lo adscrito a continuación y me permito leerlo “ Si el régimen de ahorro individual se sostiene únicamente en las cotizaciones efectuadas durante la vida laboral de los afiliados para que una vez cumplidos los requisitos de edad y numero de semanas puedan obtener una pensión independientemente de las sumas anteriormente cotizadas permitir que una persona que cuenta con la edad de pensionarse se beneficie o resulte beneficiada con las cotizaciones de los demás resulta no solo contario al precepto constitucional declarado en la constitución articulo 45 sino también contra el principio de eficiencia pensional. Así señores magistrados solicito se revoque la sentencia de primera instancia, sin embargo de no acoger las consideraciones expuestas con anterioridad y en su lugar se confirme la sentencia objeto de recurso solicito como petición

EXP. 11 2021 00583 01
María Rosalba Torres Guevara vs Colpensiones y otro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

subsidiaria que se condicione el cumplimiento de la sentencia previo a la devolución por parte de porvenir de todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante es decir que se retorne a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos y bonos financieros aportes al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración y todos los demás emolumentos a los que hubiere lugar y así mismo que todos los emolumentos deben ser indexados desde el momento en que se haga el retorno a Colpensiones y lo anterior toda vez que mi representada no podrá dar cumplimiento a la sentencia judicial hasta que Porvenir reintegre todos los recursos y se pueda actualizar la historia laboral de la demandante. Así mismo solicito se confirme la condena en costas en Colpensiones al no participar en el acto jurídico y ser un tercero al cual se le causa un daño injustificado así dejo presentado mi recurso de apelación muchas gracias.”.

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 33² años de edad y había cotizado 411³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 7 años, 10 meses y 23 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad mínima de pensión (tenía 61 años de edad- ver archivo 06 página 5).

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

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

² Nació el 10 de octubre de 1960.

³ Ver historia laboral expedida por Porvenir folio 35 del archivo 09 del expediente digital

⁴ *Ibidem*.

EXP. 11 2021 00583 01

María Rosalba Torres Guevara vs Colpensiones y otro.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶. Según dicho precedente, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

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

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

EXP. 11 2021 00583 01
María Rosalba Torres Guevara vs Colpensiones y otro.

características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró el empleador le indicó que debía suscribir los formularios, además, dijo que no existió una reunión o asesoría con la AFP (audiencia virtual del 14 de abril de 2023).

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

Se resalta que, pese a que la demandante se encontraba afiliada a CAJANAL, el traslado debe efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó el Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado en adelante por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, señalando que *“las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio*

EXP. 11 2021 00583 01
María Rosalba Torres Guevara vs Colpensiones y otro.

de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley”.

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, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones. La pretensión de adición de la sentencia para condicionar las condenas carece de objeto, pues así lo dispuso ya la sentencia apelada.

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

EXP. 11 2021 00583 01
María Rosalba Torres Guevara vs Colpensiones y otro.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES FUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 11 2022 00131 01
Jacquelin Sánchez González vs Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JACQUELIN SÁNCHEZ GONZÁLEZ CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS
S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 18 de mayo de 2023 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JACQUELIN SÁNCHEZ GONZÁLEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia y nulidad* de su afiliación al régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., se disponga su regreso al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y se condene a PORVENIR a trasladar sus aportes. Afirma que al momento de su afiliación, COLFONDOS no le explicó los *verdaderos*

EXP. 11 2022 00131 01

Jacquelin Sánchez González vs Colpensiones y otro.

beneficios y riesgos de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y le informó de forma *fraudulenta y engañosa* que le era más beneficioso estar en el RAIS porque su pensión iba a ser más elevada (ver demanda folios 1 a 10, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones en la forma en que aparecen formuladas, en la medida en que a la demandante le aplica la restricción contenida en el literal 3) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 lo que hace inviable su retorno al RPM, además, dice, la parte actora se afilió a esa administradora el 26 de marzo de 2001 una vez recibió la información transparente y necesaria lo que le permitió comparar su situación con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida *por haber pertenecido a él* para tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación suscrito en el que se hace la declaración a la que se refiere el literal e) del artículo 114 de la Ley 100 de 1993. En su defensa propuso como excepciones de mérito: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, *restituciones mutuas*, y la genérica (ver contestación folios 2 a 26 archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda, en especial que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante. Aduce que la afiliación a esa AFP se presentó en virtud del derecho a escoger libremente el régimen y fondo de pensiones que administra los aportes y a la demandante se le brindó asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado de régimen, las características del RAIS y el funcionamiento del mismo, las diferencias con el régimen de prima media, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen sus aportes, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión

de vejez, razón por la que no se puede concluir que la vinculación al régimen de ahorro individual es ineficaz. El acto cumplió con todos los presupuestos de ley y el formulario de afiliación contiene la firma de la demandante, documento en el que se dejó constancia que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado. Como excepciones de fondo propuso: *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe*, genérica, *ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor (sic) al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.* (ver contestación folios 2 a 19 archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones formuladas por la demandante. Afirma que no se aporta prueba alguna que dé cuenta de que a la demandante se le hiciera incurrir en un error por falta al deber de información o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento. Tampoco advierte nota de protesto o anotación de la que se pueda inferir *con probabilidad de certeza* que hubo inconformidad por parte de la actora, por el contrario, la documental da cuenta de que su afiliación fue libre y voluntaria sin constreñimientos o presiones indebidas. Indica que la demandante no cumple con los presupuestos de la sentencia SU-062 de 2010 y que no es procedente el traslado por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, conforme lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público*, y la genérica (ver contestación folios 2 a archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia)

EXP. 11 2022 00131 01
Jacquelin Sánchez González vs Colpensiones y otro.

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de mayo de 2023, mediante la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado el 22 de septiembre de 1994 por la señora JACQUELIN SANCHEZ GONZALEZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. y como consecuencia de ello el traslado horizontal que realizó posteriormente hacia la AFP PORVENIR S.A. SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima. Para el presente caso, COLFONDOS, quien ya trasladó a PORVENIR la cuenta de ahorro individual, deberá devolver a COLPENSIONES únicamente los porcentajes que hubiese descontado entre el año 1994 y el año 2001; descontado de las cotizaciones y destinado a gastos de administración y al fondo de garantía de pensión mínima en los términos en que se señaló ese ítem de los gastos de administración en la parte motiva de esta providencia. Por su parte, PORVENIR deberá entonces devolver a COLPENSIONES la cuenta de ahorro de la demandante con sus rendimientos financieros y además los porcentajes que haya descontado a partir del año 2001 de las cotizaciones de la demandante y que haya destinado a los gastos de administración y*

EXP. 11 2022 00131 01
Jacquelin Sánchez González vs Colpensiones y otro.

fondo de garantía de pensión mínima repito en la forma en que se dejó dicha en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante JACQUELIN SANCHEZ GONZALEZ al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y, además, a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído y a computar en la historia laboral de la demandante los periodos que cotizó en el fondo privado. CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas. QUINTO: CONDENAR en COSTAS a las sociedades COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A incluyendo como agencias en derecho en favor de la demandante la suma de 2 SMLMV, que deberán ser asumidos por partes iguales por dichas AFP en razón de 1 SMLMV para cada una. SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.” (Audiencia virtual, récord 2:03:53, archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS S.A. su apoderado afirma que no existe razón jurídica para ordenar la devolución de los gastos de administración pues no se puede desconocer que la afiliación supera los 15 años y generó rendimientos por el cumplimiento su deber de administración, debiéndose dar aplicación a los principios de equidad y justicia. Asegura, además, que sobre los gastos de administración opera el fenómeno de prescripción porque no tienen naturaleza pensional. Con relación a las primas de seguro refiere que cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura de la póliza durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada con esa sociedad y por ende no hay lugar a devolver este emolumento¹ (Audiencia virtual, récord 2:10:00, archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia)

¹ “Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia acabada de preferir con respecto a los gastos de administración haciendo referencia que estos pues no tienen una razón jurídica de devolverse pues no se puede desconocer los hechos relevantes que han ocurrido las circunstancias fácticas que rodearon el traslado y los efectos que este producto porque hay que tener en cuenta que si bien pues dichos actos se declaran ineficaces esta afiliación supera más de 15 años y mientras permaneció válida la

EXP. 11 2022 00131 01

Jacquelin Sánchez González vs Colpensiones y otro.

En el recurso de COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia por cuanto no se dio una adecuada interpretación a la restricción contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no es posible aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ya que la verdadera motivación de la demandante para retornar al RPM es incrementar el valor de su mesada pensional,

realidad es que se produjo efectos jurídicos válidos hasta hoy por lo que en razón a dicha validez se originaron los rendimientos que se solicitan pues trasladar a Colpensiones de lo anterior se entiende que las administradoras de fondos pues cumplieron con el deber de administrar la cuenta de la demandante y fue gracias a su óptima inversión que se produjeron esos rendimientos en su cuenta de ahorro individual por lo que el fallador debe aplicar también los principios constitucionales de equidad y justicia pues se entiende que si se van a trasladar todos los rendimientos no existiría la obligación de trasladar las cuotas de administración dado que fue gracias a estos manejos que se generaron esos rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual que comparados con esos gastos de administración se entiende que son gastos muy inferiores a los rendimientos. Así mismo pues ha de tenerse en cuenta que hacer estos gastos privados se les deberá aplicar la prescripción del artículo 151 y en consecuencia pues es improcedente el reintegro de las cuotas de administración de los gastos de administración de la cuenta de ahorro individual habrían que considerar que están prescritos parcialmente porque si bien es cierto pues no prescribe el traslado, ni prescriben los aportes a pensiones lo cierto es que esos dineros no tienen esa misma naturaleza porque son unos gastos de administración que valga la redundancia se dan por administrar esa cuenta de ahorro individual que se ha hecho durante todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliada con Colfondos es imperioso señalar que en este caso pues la labor del juzgador al momento de fallar en equidad y Justicia es indispensable que se tenga en cuenta que esos rendimientos superan el monto de lo que hubiese producido en el régimen público y es que esa inversión en la que los fondos privados pues pueden hacer inversiones en su totalidad en una economía ya que así funcionan en esa economía nacional e internacional pues tienen esa posibilidad de hacer inversiones y se tiene que tener en cuenta que su rendimientos pues no se hubieran producido en el fondo público porque el fondo público pues obviamente funciona de manera diferente a lo que se tendría en cabeza del régimen de ahorro individual con solidaridad de igual manera si se hace una lectura juiciosa del Decreto 2555 del 2010 contrario a como siempre se han concebido esos gastos de administración, se tiene una destinación específica en exactamente 11 gastos de los cuales primero es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los otros nueve destinados únicamente para realizar las inversiones que realizan los fondos privados que generan rendimientos y que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados de modo que también pues dichos gastos nunca hacen parte del PIG de los fondos de pensiones y por tanto pues no habría lugar hacer ese traslado a Colpensiones, adicionalmente y de acuerdo con el mismo decreto se señala que el manejo de esos recursos pues son vigilados por la superintendencia financiera e incluso los fondos de pensiones de las utilidades que reciben como sociedad deben crear reservas que garanticen la rentabilidad mediante el mecanismo creado por este decreto y que periódicamente señala la superintendencia financiera, si los fondos de pensiones no garantizan esa rentabilidad mínima pues deben incluso sus socios responder con su patrimonio por lo que es entonces la norma y el órgano de vigilancia y control que prevén mecanismos suficientes para que los fondos pues hagan buen uso de sus gastos de administración que como se reitera son propios del régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto pues no sería procedente trasladarlos a Colpensiones para un posible reconocimiento pensional a que haya lugar de la demandante. Así mismo su señoría pues ha de tenerse en cuenta que respecto de las pólizas de aseguradora pues en atención al porcentaje y la prima de seguro previsional pues ya fue sufragada y las mismas aseguradoras cumplieron con el deber contractual de mantener la cobertura de la vigencia de la póliza durante el tiempo en que la demandante pues estuvo vinculada con mi representada y por lo tanto pues ya habría fenecido la obligación de devolver algún emolumento a Colpensiones a este respecto con lo anterior se le solicitamos respetuosamente a los honorables magistrados del tribunal superior que provoquen la

EXP. 11 2022 00131 01

Jacquelin Sánchez González vs Colpensiones y otro.

advirtiendo que el descontento de la misma no se puede reputar como una falta al deber de información² (Audiencia virtual, récord 2:15:10, archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia)

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

decisión preferida por el a quo en este sentido y se absuelva a mi representada de dichos emolumentos con esto dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias su señoría"

² "Claro su señoría interpongo el recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba proferir el despacho para solicitar a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá la revoque en su integridad por la siguiente razones: No comparte este apoderado judicial la acepción o interpretación que hace el despacho del artículo 2 de la ley 797 del 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 pues este apoderado judicial si considera que la intención de la demandante de retornar al régimen de prima media con prestación definida se puede interpretar también valga la redundancia como un traslado entre administradores entre regímenes En ese sentido la aplicación de este precepto pues no genera una consecuencia prescriptiva o extintiva de derechos pensionales pues como quiera que la demandante cumpla uno u otro los requisitos en uno o u otro régimen será pensionado por vejez, de tal manera que Colpensiones tiene que ser absuelta de las pretensiones que se han incoado en su contra. Por otro lado del derrotero que decidió seguir el despacho desde lo propuesto por la demandante en su escrito pues considera este apoderado judicial tal y como lo dije anteriormente que la reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto a la ineficacia del traslado no se puede aplicar en este caso ya que la verdadera motivación de la demandante para querer retornar al régimen de prima media con prestación definida es incrementar el valor de su mesada pensional y el descontento de esta misma no se puede reputar como una falta al deber de la información pues para la época del traslado imposible conocer cuál iba a ser la mesa pues donde la demandante 27 años después de tal manera que al no ser este un proceso interpuesto con el fin de alegar la falta al deber de la información pues la retirada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no puede ser aplicada en este caso hasta acá mi recurso señoría, muchas gracias."

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 29³ años de edad y había cotizado 117,29⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 2 años 3 meses y 1 día)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 12 del archivo No 01 y folio 03 del archivo 02 del expediente digital).

³ Nació el 3 de agosto de 1965, folio 12 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES folios 13 a 16, archivo 01 y folio 62 a 65 del archivo 11, expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ *Ibidem*

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶, ⁷. Según dicho precedente, los jueces deben declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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”*.

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

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

EXP. 11 2022 00131 01
Jacquelin Sánchez González vs Colpensiones y otro.

régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, únicamente le expresó el asesor que el ISS se iba a acabar y que en COLFONDOS tendría mayores beneficios, ninguna otra mención hizo sobre cuáles serían esos beneficios o las condiciones del régimen al que se afiliaba (Audiencia virtual del 18 de mayo de 2023, récord 27:28).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS y PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas de seguros previsionales a cargo de aquellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al*

EXP. 11 2022 00131 01

Jacquelin Sánchez González vs Colpensiones y otro.

régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

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

RESUELVE

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

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

EXP. 11 2022 00131 01
Jacquelin Sánchez González vs Colpensiones y otro.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

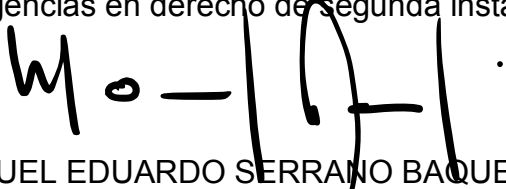
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión
laboral,


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 JOSEFINA DEL CARMEN MARTÍNEZ
VALENZUELA CONTRA EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES
– PAR ISS-, LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL
y LA SOCIEDAD FIDUAGRARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.
– FIDUAGRARIA S.A. –**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por la demandante, contra la sentencia dictada el 4 de mayo de 2023 por la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS hoy liquidado y a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD de la reliquidación de las cesantías definitivas y sus intereses de FERNANDO CASTAÑO CASTRO (Q.E.P.D.).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSEFINA DEL CARMEN MARTÍNEZ VALENZUELA presentó demanda contra EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR ISS-, LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y LA SOCIEDAD FIDUAGRARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A. –, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene la reliquidación de las cesantías definitivas y sus intereses de su esposo FERNANDO CASTAÑO

CASTRO (Q.E.P.D.) de manera retroactiva a partir del 1 de enero de 2002, en consecuencia que se ordene su pago debidamente indexado a la demandante en calidad de cónyuge y beneficiaria e intereses moratorios.

Como fundamento de lo pedido, afirma que FERNANDO CASTAÑO CASTRO (Q.E.P.D.) prestó sus servicios personales al extinto Seguro Social desde el 9 agosto de 1990 hasta el 31 de marzo de 2015, el último cargo desempeñado fue el de Ayudante – Seccional Bolívar y ostentaba la calidad de trabajador oficial. Afirma que el extrabajador no renunció al régimen de liquidación retroactiva de cesantías. Informa que por reglamentación convencional se dispuso congelar la retroactividad de las cesantías convencionales por espacio de 10 años y se ordenó a partir del año 2002 la liquidación y pago anualizado de estas prestaciones. Informa que según la liquidación definitiva el salario base de cesantías es de \$1.672.354. Dijo que continuó laborando hasta el 31 de marzo de 2015, momento en que finalizó el proceso de liquidación del ISS. Posterior a la liquidación de la entidad se constituyó el PAR ISS, encargada de la defensa y pago de los procesos judiciales derivados de las relaciones laborales del extinto ISS, quien ofreció un plan de retiro compensado a los trabajadores oficiales al servicio de la entidad, que incluía la liquidación retroactiva de las cesantías e intereses por todo el tiempo laborado. Afirma que la competencia de pago de estas contingencias laborales fue asignada a la Nación Ministerio de Salud y la Protección Social mediante Decreto 541 de 2016. Afirma que FERNANDO CASTAÑO CASTRO (Q.E.P.D.) compartió techo, lecho y mesa con la demandante por más de 30 años, que contrajeron matrimonio civil y procrearon dos hijos. Finalmente informa que FERNANDO CASTAÑO CASTRO (Q.E.P.D.) falleció el 26 de diciembre de 2019 (ver demanda páginas 2 a 11 del archivo 01 y archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY LIQUIDADO cuya administración y vocería se encuentra a cargo de FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO – FIDUAGRARIA S.A., la contestó mediante apoderado, se opuso a las pretensiones con fundamento

en que FIDUAGRARIA S.A. es únicamente vocera y administradora del PAR ISS, y no tuvo la calidad de empleadora. FIDUAGRARIA S.A. es una persona distinta de las empresas públicas o privadas que constituyen Patrimonios Autónomos de Remanentes. Explicó que el extinto ISS cumplió con el acuerdo plasmado en el artículo 62 de la CCT y en virtud de ello realizó el pago retroactivo de cesantías a 31 de diciembre de 2011 y en adelante reconoció los intereses a las cesantías pactados. Propuso como excepciones *de fondo fuerza material de ley de la convención colectiva de trabajo, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y la genérica* (ver contestación páginas 8 a 20 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, también se opuso a las pretensiones de la demanda. Dijo que *la situación planteada es totalmente desconocida para el Ministerio de Salud y Protección Social, en atención a que ésta nunca sostuvo vínculo contractual ni laboral con el demandante*. Propuso en su defensa las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación a cargo del MINISTERIO DE SALUD, cobro de lo no debido, inexistencia de la solidaridad entre el ISS el Ministerio, prescripción y la genérica* (ver contestación páginas 2 a 16 del archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia de 4 de mayo de 2023, a través de la cual la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá negó las pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión, la juez con sustento en las sentencias CSJ SL2524-2018 y CSJ SL1924 de 2019, encontró que lo previsto en el artículo 62 de la convención colectiva de trabajo fue producto de un ejercicio libre y voluntario de autocomposición entre el sindicato y la empresa, donde los representantes de los trabajadores fueron designados por voluntad de estos últimos con plenas facultades para cerrar acuerdos en la etapa de arreglo directo, entonces no se puede pretender ahora desconocer los términos del pacto convencional. Aunado a ello, dicho pacto no desconoce derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores, pues para el año 2001

cuando se suscribió la convención colectiva el sistema de liquidación de cesantías era anualizado para el sector oficial. Dijo además, que revisada la liquidación final, el monto pagado al extrabajador por cesantías se hizo de manera ajustada a la convención colectiva. En cuanto a los intereses a las cesantías preciso que la demandada hizo el pagó de este emolumento cada año.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS hoy liquidado y a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD de las pretensiones incoadas en su contra por la señora JOSEFINA DEL CARMEN MARTÍNEZ VALENZUELA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandante e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.200.000 en razón de \$600.000 en favor de cada demandada. TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandante, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.”* (Audiencia Virtual del 4 de mayo de 2023, archivo 25, récord 31:43).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante pide que se revoque la sentencia, con sustento en que, desde la sentencia SL2862 de 2021 la Corte cambió su postura e indicó que los trabajadores que se encontraban gozando del régimen de cesantía retroactiva a la entrada en vigencia la Ley 344 de 1996, podían de manera voluntaria cambiarse al nuevo régimen, así mismo conforme el Decreto 1252 de 2000 los servidores públicos que se encontraban vinculados al 25 de mayo 2000 conservan el derecho a continuar con el sistema de cesantías retroactivas. Alega el apelante que la aplicación del artículo 62 de la Convención Colectiva desconoce la normatividad vigente y afecta derechos irrenunciables en materia de cesantías. Solicita se revise la liquidación definitiva de prestaciones en lo relacionado con las cesantías

EXP. 12 2021 00138 01

Josefina Del Carmen Martínez Valenzuela contra Patrimonio Autónomo De Remanentes Del Instituto De Seguros Sociales En Liquidación – PAR ISS-, La Nación Ministerio de Salud y Protección Social y la Sociedad Fiduagraría de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A.–

retroactivas¹ (Audiencia Virtual del 4 de mayo de 2023, archivo 25, récord 32:38).

¹ “Muchas gracias señora Juez de la manera más respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en esta instancia para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revoque de manera total la sentencia proferida en esta instancia y en consecuencia se accedan a las pretensiones esto es que se condene al PAR ISS a que ordene al Ministerio de salud y protección social a reliquidar las cesantías definitivas de manera retroactiva del señor Fernando Castaño Castro que en paz descanse a partir del primero de enero 2002 fecha en la cual se pactó la acción temporal de la liquidación retroactiva de las cesantías y el 31 de marzo 2015 junto con los intereses sobre hechos y montos adeudados, además que se condene al PAR ISS, Fiduagraría y al Ministerio de Salud y Protección Social a liquidar también los intereses sobre las cesantías y en consecuencia se condene a las entidades demandadas a pagar a mi poderdante Josefina del Carmen Martínez como conyugue beneficiaria supérstite las respectivas cesantías liquidadas de manera retroactiva o como pretensión subsidiaria judicial en se aparta de la decisión pues preferida en esta instancia por la señora que se condene a las demandadas a liquidar los intereses a las cesantías y las cesantías de manera retroactiva causadas entre el primero de enero de 2002 y el 31 de marzo de 2015 junto con los intereses sobre hechos y montos adeudados. Este apoderado judicial se parta de la decisión pues proferida en esta instancia por la Juez en el entendido de que pues cuando se explicaba que la Corte Suprema de Justicia pues había adoptado en su momento una postura de tener por totalmente válida las estipulaciones de congelación de las cesantías retroactivas también debe ser válido pues indicar que desde la sentencia SL 2862 de 2021 pues la Corte ha cambiado su precedente y conforme al análisis normativo que rige la liquidación de las cesantías de manera retroactiva ha indicado que los trabajadores que se encontraban gozando el régimen de cesantía retroactiva en la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, artículo 13 podían de manera voluntaria cambiarse al nuevo régimen y posteriormente del Decreto 1252 de 2000 en su Artículo pues que textualmente dispuso de manera expresa que los servidores públicos que se encontraban vinculados el 25 de mayo 2000 conservaban el derecho a continuar con el sistema de cesantías retroactivas pues bien se tiene que los trabajadores del instituto de seguro sociales pues se encontraban sujetos en principio pues a las reglas fijadas de la convención colectiva porque pues no existe duda de que hay un derecho que le asiste a los sindicatos y empleadores para lograr acuerdos con sus trabajadores que regulen las condiciones de trabajo en el entendido de que esos tienen toda la autonomía de voluntad para explicarse así de como de una manera contractualista en cambiar las condiciones laborales y poder determinar las condiciones de empleo de los suscriptores esto es tanto de empleador o de trabajador o quien por extensión le sean pues aplicable sin embargo o también es cierto la corte ha explicado que para las personas que venían gozando de cesantías retroactivas se presenta la inductiva de aplicar el artículo 62 de la convención colectiva que establece básicamente un sistema de liquidación anual el cual desconoce las normas legales vigentes sobre la liquidación de cesantía que impone la aplicación de la norma legal la cual sin duda es la norma que debe prevalecer pues se trata de una disposición de carácter irrenunciable y que regula el mínimo derecho de trabajadores oficiales en materia de cesantías además de que esta normativa pues se llama desfavorable la liquidación de las cesantías bajo la normativa legal pues es la más favorable para los trabajadores. De igual forma pues solicito al honorable Tribunal Superior de Bogotá revisar la liquidación definitiva de prestaciones sociales que hace el instituto de Seguros Sociales a favor del señor Castaño Castro Fernando entendió en que el apoderado judicial al momento de presentar la demanda se generan unos valores de diferencia sobre el valor que fue pagado a través de la respectiva liquidación y sobre lo que realmente debería o legalmente debió haber recibido por el concepto del pago de cesantías de manera retroactiva de acuerdo al tiempo que laboró para la mencionada entidad bajo los anteriores argumentos dejo presentado mi recurso de apelación solicitando nuevamente el honorable tribunal que acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. ”

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que debe tomar el Tribunal: (i) que entre FERNANDO CASTAÑO CASTRO (Q.E.P.D.) y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo que inició el 9 de agosto de 1990 y finalizó el 31 de marzo de 2015; (ii) que mediante resolución No. 7960 de 13 de febrero de 2015 y liquidación definitiva de prestaciones sociales No. 210 fueron liquidadas las acreencias finales a favor del extrabajador (páginas 42 a 44 archivo 01 tramite de primera instancia expediente digital).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si procede la reliquidación de las cesantías retroactivas y de los intereses a las cesantías.

CESANTÍAS RETROACTIVAS. Para resolver la apelación se debe precisar que si bien el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en el año 2002 dispuso congelar por 10 años el régimen de retroactividad de las cesantías en el ISS² (entre el 1º de enero del año 2002 y el 31 de diciembre de 2011), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló, entre otras en las sentencias SL1901 de 2020 y SL2862 de 2021, que la

² A partir del 1º de enero del año 2002 se congela la retroactividad de la cesantía por diez años. El Instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001 en forma retroactiva las cesantías de la totalidad de los trabajadores y liquidará sobre dicho monto intereses de cesantía del 12% anual correspondientes al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 2002.

A 31 de diciembre del año 2002 y por los años subsiguientes las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del 12% anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente.

Sobre el monto de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre del año 2001, el Instituto reconocerá a partir del 1º de enero del año 2002 intereses equivalentes al 15% anual. En el caso de los trabajadores que no gocen de prima técnica, esta tasa de interés se incrementará en un punto. Los intereses aquí señalados se pagarán en el mes de enero del año siguiente, esto es, enero de 2003. En los años subsiguientes el saldo de dichas cesantías acrecentado con las cesantías anuales liquidadas por el año inmediatamente anterior y disminuido en el monto de las cesantías parciales pagadas durante la vigencia, causarán intereses a las mismas tasas y para los mismos grupos de trabajadores, antes señalados.

A partir de 2002 y para efectos del pago de cesantías parciales, se destinará una partida con recursos anuales equivalentes, como mínimo, al 18% del valor de la deuda por concepto de cesantías liquidadas a 31 de diciembre de 2001. La distribución y asignación de estos recursos se realizará conjuntamente por la empresa y el sindicato.

suspensión temporal del régimen de retroactividad de cesantías previsto en el artículo 62 convencional no era aplicable a los trabajadores que venían con el régimen *legal* de liquidación retroactiva de las cesantías y estos trabajadores, en consecuencia, conservaron el sistema de liquidación retroactiva del auxilio. Dijo la Corte en la sentencia referida: *“Vistas así las cosas, la nueva tesis que esgrime la Sala es que el congelamiento de las cesantías dispuesto por la norma convencional y su liquidación anual es inaplicable ante la normativa que impone la conservación del sistema de liquidación retroactiva, contemplada en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el artículo 2 del Decreto 1252 de 2000, por la sencilla razón de que se trata de una prescripción legal que resulta irrenunciable y desconoce los derechos mínimos del trabajador. De esta forma, los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales que a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 y/o a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantía retroactiva, no les resulta aplicable el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo”*.

Con esta premisa jurisprudencial, y dado que el extrabajador tenía el régimen legal de liquidación *retroactiva* de sus cesantías pues se vinculó al extinto ISS el 9 agosto de 1990 -hecho sobre el cual no existe controversia-, la liquidación de sus cesantías se debía realizar tomando todo el tiempo servido. En nada se afectó dicho derecho por el inicio del trámite de liquidación del Instituto de Seguro Social -como se afirmó al contestar la demanda-.

Revisada la liquidación final de prestaciones sociales (página 44 archivo 01) se advierte que el ISS aplicó la suspensión de retroactividad, lo que no procedía, y liquidó de manera anualizada el auxilio entre los años 2002 y 2011, y el tiempo restante lo liquidó de manera retroactiva, razón por la cual tomó como días *retroactivos* tan solo 5272 tomando como salario base \$1.672.354.

En ese orden, procede este Tribunal a realizar la liquidación de las cesantías retroactivas incluyendo el periodo que el ISS tuvo como congelado (total de la relación laboral 9 de agosto de 1990 al 30 de marzo de 2015 que asciende a 8872 días). Efectuada la operación correspondiente al criterio expuesto por la Sala Laboral de la Corte con salario de \$1.672.354, se obtiene una cesantía

retroactiva de \$41.209.590, monto del cual se debe deducir lo que fue pagado \$31.541.830 -suma sobre la cual no presentó objeción el apelante- resultando a favor del extrabajador la suma de \$9.667.760 que resulta superior a lo reconocido en la liquidación final de prestaciones (\$4.447.650), por lo que se ordenará el pago de la diferencia entre estas sumas, que asciende a \$5.220.100.

La orden de pago se dictará en favor de FERNANDO CASTAÑO CASTRO (Q.E.P.D.) y no de la demandante como se pide en la demanda, pues el derecho se causó en favor del trabajador y en caso de muerte formará parte de la masa sucesoria que se debe adjudicar entre los herederos legitimados de acuerdo a la Ley o al testamento dentro del trámite de sucesión de sus bienes.

No se ordenará la reliquidación de los intereses a las cesantías, pues como lo dijo la Sala Laboral de la Corte en la sentencia referida (SL2862 de 2021)³ dicho emolumento que no está previsto legalmente como derecho para los *trabajadores oficiales*. Ante la pérdida de poder adquisitivo de los montos objeto de condena por el paso del tiempo, se abre paso la indexación de las acreencias adeudadas al momento del pago⁴, la que hará de acuerdo con la siguiente fórmula⁵:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

En donde:

VA = Valor actualizado

³ “No sobra recordar que el auxilio de cesantía percibía, según la convención colectiva de trabajo, unos intereses, que no es dable aplicar aquí, porque, como ya se explicó en sede casacional, se reconocerá únicamente lo que correspondería desde el punto de vista legal y no hay norma que habilite ese reconocimiento para trabajadores oficiales”

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL3028 Rad. 40813 del 1 de febrero de 2017.

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL1628 Rad. 44057 del 16 de mayo de 2018.

EXP. 12 2021 00138 01

Josefina Del Carmen Martínez Valenzuela contra Patrimonio Autónomo De Remanentes Del Instituto De Seguros Sociales En Liquidación – PAR ISS-, La Nación Ministerio de Salud y Protección Social y la Sociedad Fiduagraría de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A.–

VH = Valor histórico

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha en que se realice el pago.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha de terminación del vínculo.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **CONDENAR** al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN – PAR ISS- representado por la sociedad FIDUAGRARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., a PAGAR en favor de FERNANDO CASTAÑO CASTRO (Q.E.P.D.) la suma de \$5.220.100, por concepto de reliquidación de cesantías retroactivas, suma que se debe pagar indexada en la forma prevista en la parte motiva de esta sentencia.
3. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA CECILIA LARROTA CARDENAL
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. vinculada
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 15 de mayo de 2023 por la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA CECILIA LARROTA CARDENAL presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia y nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en julio de 1995, así como de los traslados ocurridos

al interior de este régimen. Afirma que al realizar el cambio se omitió la obligación de informar y asesorar con claridad, veracidad y suficiencia acerca de las ventajas y desventajas de la decisión, por lo que se le indujo a error. Como consecuencia de lo anterior pide que se valide la afiliación en el RPM, sin solución de continuidad, y se ordene a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes (ver demanda en archivo 01 folios 1 a 14 y subsanación de demanda páginas 68 a 81 archivo 04 trámite de primera instancia expediente digital).

Admitida la demanda luego de subsanada, se vinculó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.-

Corrido el traslado correspondiente, fue contestada por las demandadas y la vinculada a través de apoderado judicial.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, se opuso a las pretensiones. Arguyó que el traslado se realizó siguiendo los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, proporcionando a la demandante toda la información para que tomara la decisión consiente de afiliarse, lo que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación. Precisa que no es viable el traslado de régimen de conformidad con la prohibición legal del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al rais, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y genérica*. (Folios 2 a 15 del archivo No. 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Igualmente contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la

prosperidad de todas las pretensiones propuestas con fundamento en que la demandante no reúne los requisitos para regresar al RPM, adicional a ello expone que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS, decisión ratificada por los posteriores traslados. Agregó que se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica* (ver contestación en archivo 10 folios 2 a 12 trámite de primera instancia del expediente digital).

Igualmente contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. mediante apoderada. Se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que la decisión de tránsito entre regímenes fue libre y voluntaria, lo que 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 demandante, se le brindó 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 traslado de régimen antes de verse inmersa en la prohibición legal para ello, y que la variación del monto de la pensión no constituye un vicio del consentimiento, ni es causal de ineficacia. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a la PORVENIR S.A., reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la 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, validez y eficacia del traslado entre administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS y la genérica* (ver contestación en archivo 12 folios 3 a 22 trámite de primera instancia del expediente digital).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. presentó escrito de contestación de manera extemporánea, razón por la cual se le tuvo por no contestada la demanda.

Terminó la primera instancia con sentencia de 15 de mayo de 2023, mediante la cual la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la demandada no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender de ello que la demandante hubiera tomado 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. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte a la demandante.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la Señora MARTA CECILIA LA ROTA CARDENAL identificada con cédula de ciudadanía 52. 550 .301 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PENSIONAR hoy SKANDIA, el 27 de marzo de 1995 junto con los siguientes traslados a PORVENIR, el 14 de abril de 2000 a SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 15 de junio de 2001 y nuevamente a PORVENIR, el 22 de febrero de 2016 conforme a lo considerado en esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora MARTA CECILIA LARROTA CARDENAL al régimen de prima media conforme a la expuesto. TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la Señora MARTA CECILIA LARROTA CARDENAL 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 les pone el artículo 1746 y demás rubros que posea la demandante en su cuenta ahorra individual debidamente indexados conforme a la expuesto. CUARTO: CONDENAR a SKANDIA y PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la demandante durante el tiempo que permaneció afiliada a estas debidamente indexadas. QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA con motivo a la declaratoria ineficacia de la afiliación de la Señora MARTA CECILIA LA ROTA CARDENAL al régimen de ahorro individual y una vez ingresen los dineros actualizar su información en la historia laboral. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SÉPTIMO: CONDENAR en cosas de esta instancia a PORVENIR, PROTECCIÓN, SKANDIA y COLPENSIONES a favor de la demandante por secretaría practiques la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho la suma de un \$1.160.000. OCTAVA: En caso de no ser apelada la presente decisión por COLPENSIONES remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral a fin de que se surta al grado jurisdiccional de consulta a su favor.” (Audiencia virtual del 15 de mayo de 2023 – archivo 24 Hora 1:22:08).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de SKANDIA, su apoderada pide que se revoque la orden de devolver los gastos de administración, las comisiones y los seguros previsionales. Afirma que la AFP cumplió de manera eficiente con la administración de los recursos pertenecientes a la cuenta individual y de ello se generaron unos rendimientos por lo que no es de recibo la orden a la devolución de los dos emolumentos; aduce que los gastos de administración son descontados por disposición legal, y que la demandante gozó de la cobertura de los seguros previsionales durante su afiliación a esa AFP¹ (Audiencia virtual del 15 de mayo de 2023 – archivo 24 Hora 1:24:53).

¹ “Gracias su señoría estando en la etapa procesal correspondiente presento recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su despacho en aras de que Skandia pensiones y cesantías retorne los conceptos de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales teniendo en cuenta los siguientes argumentos: Señores honorables magistrados interpongo el recurso de apelación a fin de que se revoque las condenas

En el recurso de PORVENIR, pide que se revoque la sentencia proferida. Como sustento manifiesta que la demandante ha estado afiliada al RAIS por más de 20 años sin que hubiera presentado inconformidad en relación con su afiliación durante ese tiempo. A la demandante se le envió comunicación en la que se le informó que estaba próxima a cumplir los 47 años de edad y que iba a ingresar en la prohibición legal de traslado, la que fue recibida, y no acudió a recibir asesoría ni ejerció el derecho de traslado. En caso de confirmarse la decisión de ineficacia, pide que se revoque lo relacionado con la devolución

impuestas a mi representada teniendo en cuenta que la sentencia no puede ser ajena a la realidades fácticas que se generaron en el presente caso, es decir teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 20 la Ley 100 de 1993 mi representada Skandia pensiones y cesantías cumplió con el deber legal de administrar la cuenta de ahorro individual eso gracias a esa administración y óptimas gestiones que realizó mi representada generaron unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual por lo que no es de hable al fallador aplicar y condenar a mi representada devolver las comisiones teniendo en cuenta que se está desconociendo la teoría de las restituciones mutuas y también se deben aplicar principios constitucionales de equidad y Justicia por eso entiende que se van a trasladar todos los rendimientos no existiría la obligación legal para trasladarlos y no se conoce el trabajo que realizó mi representada para aquel entonces Pensionar S.A. Nótese claramente honorables magistrados con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 trae consigo una doble imposición a los fondos privados una de ellas es que conforme al inciso penal se estableció que efectivamente se puede descontar un 3% que va destinado a financiar los gastos de administración la prima del seguro de las primas de seguridad y sobrevivientes para lo cual se tiene que se generan unos gases o comisiones y el pago de la prima de seguros de invalidez y sobrevivencia sobre ello hay que cumplir unas obligaciones que es administrar la consulta de ahorro individual del afiliado como pasó en el presente caso y al administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado se genera una rentabilidad que debe garantizar los fondos privados que se puede establecer también como una garantía mínima de rentabilidad pues así lo establece la Superintendencia Financiera de Colombia también debe tenerse en cuenta que al momento de que si se hubiese sufrido algún siniestro por invalidez y sobrevivencia se trataría determinar si se entrara a cumplir con los requisitos para la ubicación del derecho penal a que haya lugar motivo por el cual dichos siniestros son cumplidos o son llamados a cumplirse mediante un contrato de aseguramiento por medio de un tercero bajos escenarios importante mencionar que si bien es cierto las pretensiones de la demanda giran en torno a la declaratoria la eficacia la afiliación del RAIS y que la Corte Suprema de Justicia ha doctrinado de manera pacífica y reiterada que la consecuencia de ese es el regreso automático las cosas a su estado inicial lo cierto es que le corresponde pues hacer también un estudio de ponderación objetivo en cuanto a la teoría de las restricciones mutuas y la buena fe causada pues mi representada ha venido desempeñando durante toda la etapa contractual de buena fe y garantizándole a la señora demandante no solamente la cobertura para los riesgos de invalidez y sobrevivencia sino también unos rendimientos que hoy en día se está aprovechando. Nótese claramente que frente a estos seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias tampoco es procedentes que Skandia pensiones y cesantías deba asumirlos toda vez que la causa de aseguramiento fue permanente y la demandante gozo de esta cobertura durante toda la vinculación al fondo de pensiones obligatorios que represento de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir dicho riesgos de invalidez y muerte y por lo tanto no se encuentran las arcas de la AFP que represento y tampoco han sido administrados por Skandia pensiones y cesantías máxime que en el presente proceso pues ni siquiera fue Skandia quien realizó el traslado sino que viene de acuerdo a una negociación que cuando se adquirió a Pensionar S.A lo cual acarrearía consigo un perjuicio económico a mi representada por todo lo anterior solicito respetuosamente a los honorables magistrados revocar las condenas aquí apeladas y a la señora juez conceder el recurso de apelación. Muchas gracias doctora.”

de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, pues esto sería un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. En cuanto a la indexación, considera que constituye doble condena como quiera que ya se ordenó la devolución de los rendimientos² (Audiencia virtual del 15 de mayo de 2023 – archivo 24 Hora 1:29:10).

² “Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad correspondiente procedo a presentar mi recurso de apelación con el fin de que los honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá revoquen la sentencia y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda para fundamentar mi recurso me permito pues reiterar a los señores magistrados que se tengan en cuenta el hecho de que la señora Marta Cecilia la Rota mantuvo su vinculación en el régimen de ahorro individual por más de 20 años efectuando cotizaciones y siendo beneficiada de los rendimientos que esto le generaban y en ningún momento en los diferentes traslados dentro del régimen de ahorro individual manifestó alguna inconformidad con la forma en que se llevó a cabo su afiliación o respecto a su situación pensional particularmente pues quisiera reiterarle a los honorarios magistrados si tuvieran cuenta la documental que fue decretada de oficio para mi representada y que trata pues de la comunicación del 22 de julio del año 2016 que se la remitió a la demandante en donde pues se le advertía que estaba próxima a cumplir los 47 años de edad que estaba próxima a entrar dentro de la prohibición legal para efectuar el traslado de régimen y que pues fue recibida fue enviada por la demandante en su dirección calle 68 A número 92-27 y pues donde se le indicaba a la señora demandante recibir una re asesoría o una asesoría para pues tomar la determinación de quedarse en el régimen de ahorro individual o trasladarse al régimen de prima media y pues en este caso pues está demostrado que la señora Marta Cecilia no acudió a Porvenir a recibir esa asesoría y pues bajo estos argumentos no es viable o no resulta procedente que se le indique a mi representada esa omisión en la información y que mi representada tenga que soportar las cargas de la ineficacia del traslado de régimen bajo esos argumentos pues también le solicito a los honorarios magistrados que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia no se condene a mi representada a trasladar lo concerniente a gastos de administración, primas de seguros previsionales ello teniendo en cuenta pues que esta devolución a Colpensiones configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada en la medida pues que no existe norma que disponga tal devolución y pues de igual manera al ordenar esta devolución a mi representada se estaría desconociendo la labor ejercida en la administración de los aportes de la demandante que le generaron unos rendimientos superiores a los mismos establecidos en la ley que sin duda alguna pues favorecen en su capital e igualmente y de igual manera se estaría desconociendo unos descuentos que ya estaban habilitados por ley con claro desmedro al patrimonio del fondo que represento. Finalmente en lo que también se relaciona con la condena de manera indexada de devolver los rubros que fueron ordenados en la sentencia pues me permito indicar de igual manera que esta indexación resultaría excluyente o resultaría una doble condena a una doble sanción para Porvenir teniendo en cuenta pues que ya al estarse devolviendo los rendimientos lo cual incluyen frutos e intereses pues estaría compensando cualquier devaluación económica que pudo haberse generado en los aportes de la demandante y ellos los fundamentos teniendo en cuenta pues que según la corte Suprema de Justicia en sentencia SL 9316 del 29 de junio del 2016 pues se puntualizó que la indexación es una simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada comisión inflacionaria en la economía bajo esos argumentos pues teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones de las administradas de fondos de pensiones se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados pues reitero resulta incompatible, excluyente o una doble sanción para mí representada ordenarle esa indexación cuando los recursos de la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados en ningún momento por la inflación y por el contrario pues han generado unos rendimientos que pues superan con creces los mínimos establecidos en la ley y para fundamentar en este último punto me permito citar dos sentencias una de la sala laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca con radicado único nacional 258993105022021 001101 del 21 de junio del 2022 y una más reciente de este año del 2023 del tribunal superior de Medellín con radicado único nacional cero 50131050122020 00165 del 26 de enero en las cuales esas actas corporaciones revocaron en sentencias de primera instancia en cuanto al

En el recurso de COLPENSIONES pide que sea revocada la sentencia, con sustento en que la demandante se trasladó al RAIS y permaneció allí durante más de 20 años. La motivación para solicitar el traslado al RPM es netamente económica y afecta la sostenibilidad financiera del sistema. La demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado y en todo caso la AFP cumplió con lo previsto legalmente en esa época para realizar el traslado de régimen. Solicita se revoque la condena en costas³ (Audiencia virtual del 15 de mayo de 2023 – archivo 24 Hora 1:35:20).

tema de la indexación reitero por considerar que con la devolución de los rendimientos financieros ya se está compensando cualquier depreciación del poder adquisitivo de la moneda que se pueda generar en los aportes del demandante entonces bajo esos argumentos le solicito muy respetuosamente al tribunal superior de Bogotá revocar la sentencia y absolver a mi representante de las condenas impuestas el día de hoy, muchas gracias."

³ *"Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal oportuna me permito presentar recurso de apelación frente al fallo proferido por a honorable Juez 12 Laboral del circuito de Bogotá para que el mismo sea revocado por los honorables magistrados del Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá el cual procedo a sustentar de la siguiente manera: No comparto esta apoderada judicial el fallo proferido en la en la tarde de hoy toda vez que no le asiste derecho a la demandante a la señora Marta Cecilia la Rota a que se declare la ineficacia del traslado realizado por voluntad propia decide trasladarse del régimen de prima media administrado en ese momento por el extinto ISS al régimen de ahorro individual ello teniendo en cuenta nuestro derecho constitucional o el derecho constitucional que tenemos los colombianos a la libre escogencia de que régimen queremos que administre nuestras pensiones en ese orden de ideas ella decide trasladarse y permanece en este régimen por más de 20 años realizando ciertos traslados de manera horizontal entonces digamos que se manifiesta o se tiene que la demandante se encontraba conforme con lo que le ofrecían o le ofrecieron los fondos durante el tiempo que estuvo allí vinculada. Por otra parte honorables magistrados llama la atención porque la demandante pues quiere realizar este traslado si manifiesta que ella no conoce los requisitos para trasladarse ni actualmente ni tampoco conocía los requisitos en el momento en el que ella realiza el primer traslado entonces se puede concluir incluso como ella también lo manifiesta es que este traslado esta solicitud la hace o está más encaminada a una decisión netamente económica y que si bien es cierto dentro del fallo la honorable juez ordena trasladar a mi representada todos los rendimientos y los valores y los dineros que se encuentran depositados dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante financiero que se da y que atenta notablemente contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema el cual debe permanecer a través de los medios para que se puedan reconocer un mayor número de pensiones a los afiliados del régimen de prima media en ese orden de ideas se tiene que se afecta este principio como ya lo he manifestado. Como ya se ha dicho la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal y no es un capricho de mi representada no querer la recibir lo que pasa es que ella tuvo el tiempo suficiente para haber realizado o haber manifestado su inconformidad y retornar al RPM cosa que no aconteció o no sucedió en dicho caso y pues solamente muchos años después cuando ya se da cuenta que no se cumple las expectativas que ella tenía pues decide retornar es importante manifestar que el traslado inicial que se hace el primogénito se hace bajo las normas que se encontraban establecidas en este momento y esto es con el diligenciamiento del formulario no podemos retrotraer la ley pues si bien es cierto existe un deber de información lo cierto es que para cuando nacen todos los fondos de pensiones el traslado se realizaba valido con el diligenciamiento del formulario solamente con el paso del tiempo y con la jurisprudencia que se ha desarrollado e incluso con la circular 416 del año 2016 se insiste para que los demás fondos pues realicen una doble asesoría pero pues esto no puede tomarse retroactivamente. Finalmente honorables magistrados pues manifestar que tampoco estamos de acuerdo con la condena en costas impartidas si bien es cierto la ley manifiesta que*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, 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

deberse cosas a la parte vencida en juicio lo cierto es que mi representada siempre ha actuado de buena fe y en este caso incluso fue actuó de manera específica pues en ningún momento ella actuó en las decisiones tomadas por la demandante para realizar el traslado, por lo expuesto tampoco estamos de acuerdo con la condena en costas de esta manera dejo presentado mi recurso de apelación rogando nuevamente a los honorarios magistrados del honorable tribunal de Bogotá sala laboral que se revoque en su totalidad Muchas gracias. ”

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al fondo privado de pensiones la demandante tenía 25 años de edad y había cotizado 44.43 semanas⁴, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no contaba con cotizaciones al Sistema⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 51 años – ver archivo 01 página 21).

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

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

⁴ Ver resumen de historia laboral– archivo 11 expediente administrativo.

⁵ *Ibidem*.

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

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

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

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

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los 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. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, -dice la Corte- (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 PENSIONAR hoy SKANDIA 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 sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado, al margen de que ellas se deduzcan de la Ley.

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”*. Ello que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, por el contrario, indicó que para la época del traslado PENSIONAR (hoy SKANDIA S.A.) únicamente le informó sobre las ventajas del RAIS y que su mejor alternativa era trasladarse a un fondo privado, que se podía pensionar a una edad más temprana y que la mesada pensional iba a ser superior, dijo que fue una asesoría grupal y que después en recursos humanos suscribió el formulario de afiliación. En ninguno de los traslados recibió una información completa y oportuna respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales. (Audiencia virtual del 15 de mayo de 2023 – archivo 24).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN 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 1993⁸, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y en respuesta a la apelación presentada por su apoderada, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se llegaren a causar en caso de asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos privados de pensiones.

Finalmente, se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en archivo 10 folios 2 a 12 trámite de primera instancia del expediente digital).

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

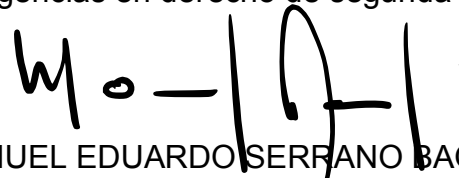


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de 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. MANEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE NUBIA ISABEL ARBOLEDA BERNAL
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., vinculadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de ésta última entidad, la sentencia dictada el 17 de marzo de 2023 por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NUBIA ISABEL ARBOLEDA BERNAL presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido en octubre de 2001, así como de los traslados ocurridos al interior de este régimen. Afirma que al realizar el cambio se omitió la obligación de informar y asesorar con claridad, veracidad y suficiencia acerca de las

ventajas y desventajas de la decisión, por lo que se le indujo a error, situación que se repitió en los posteriores traslados. Como consecuencia de lo anterior pide que se valide la afiliación en el RPM, sin solución de continuidad, y se ordene a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos en virtud de su afiliación (ver demanda en archivo 03 folios 1 a 14, trámite de primera instancia del expediente digital).

Admitida la demanda, luego de subsanada y corrido el traslado correspondiente, fue contestada por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que la vinculación operó de manera, libre, informada y espontánea, sin que se presentaran vicios en el consentimiento, después de haber 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 deber de la demandante informarse sobre las mismas sin que su omisión sea causa de ineficacia, la cual no se encuentra contemplada normativamente. Afirma que no es posible la devolución de los gastos de administración, pues se han invertido en generar los rendimientos del capital contenido en la cuenta de ahorro individual del demandante, ni el pago de las primas de seguros previsionales que han dado cobertura durante su afiliación sin que exista norma que disponga el traslado de tales dineros a menos que se respeten las restituciones mutuas, máxime cuando no están destinados a financiar la prestación pensional. 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 19 folios 1 a 21 trámite de primera instancia del expediente digital).

Igualmente contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Se opuso a las pretensiones, pues considera que la demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., además, para ese momento no se encontraba inmersa en las causales de prohibición indicadas por la ley y no es

beneficiaria del régimen de transición. Advierte que la demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir su derecho pensional, razón por la cual no es posible su retorno al RPM. En su defensa propuso la excepción previa de inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario, y las excepciones de fondo de *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, improcedencia del traslado de régimen del pensionado y la genérica*. (ver contestación folios 1 a 49 del archivo No. 021 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante auto de fecha 5 de mayo de 2022, se dispuso la vinculación de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en calidad de litisconsorcios necesarios por pasiva (ver archivo 23 trámite de primera instancia expediente digital).

Notificada la demanda a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, la contestó mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones afirmando que la afiliación de la demandante al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria y con el cumplimiento de la norma vigente para la época, sin que la demandante hubiera hecho uso del derecho de retracto. Señala que demandante no es beneficiaria del régimen de transición y tampoco contaba con una expectativa legítima de acceso a la pensión para el momento del traslado. Propuso como excepciones de fondo: *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 al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado,*

compensación y pago, y la genérica (ver contestación folios 1 a 16 del archivo No. 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada también la demanda a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirma que la decisión del tránsito entre regímenes fue libre y voluntaria, lo que 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, se brindó 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 un vicio del consentimiento ni causal de ineficacia. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la 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, aplicación del precedente sobre ACTOS DE RELACIONAMIENTO, traslado de aportes y la genérica* (ver contestación en archivo 25 folios 1 a 18 trámite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 17 de marzo de 2023, mediante la cual la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la demandada no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM y entender que la demandante hubiera tomado 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. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hicieron los demandantes señores LIDA MAGDOLIA MARGARITA JIMÉNEZ NUBIA ISABEL ARBOLEDA BERNAL Y EDUARDO JOSÉ JANER del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad señalando como consecuencia de esta declaración que ningún efecto jurídico dio el acto de traslado y por tanto siempre estuvieron afiliados al régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A donde se encuentran actualmente vinculados los demandantes LIDA MAGNOLIA MARGARITA JIMÉNEZ Arce proceso número 045 de 2021 y NUBIA ISABEL ARBOLEDA BELTRÁN proceso número 139 de 2021 y a PROTECCIÓN donde se encuentra vinculado EDUARDO JOSÉ JANIER CAVADÍA proceso 519 de 2021 a trasladar el Saldo total de la cuenta individual de ahorro incluido rendimientos financieros sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje de pensión de garantía mínima a COLPENSIONES los que deberá retornar debidamente indexados. Debiendo igualmente los fondos privados a donde se produjo la migración de régimen y en los que estuvieron vinculados cada uno de los demandantes y por el tiempo de permanencia en ellos reintegrar a COLPENSIONES en las mismas condiciones los valores que cobraron a título de cuotas de administración, seguros previsionales y comisiones .TERCERO: DECLARAR no aprobada las excepciones propuestas por el extremo pasivo en cada uno de los procesos y CUARTO :CONDENAR en costas de la acción a las demandadas en cada una de las causas judiciales que hoy se decidieron.”* (Audiencia virtual del 17 de marzo de 2023 – archivo 42 Hora 41:39).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., pide que se revoque parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con la orden de devolver las sumas indexadas. En su sentir ello constituye un doble pago como quiera que los rendimientos financieros superan con creces la posible pérdida del poder adquisitivo¹ (Audiencia virtual del 17 de marzo de 2023 – archivo 42 Hora 53:55).

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia, como sustento afirma que esa administradora es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración de los actos jurídicos. Afirma que el regreso de la demandante afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2° de la Ley 797 del 2003² (Audiencia virtual del 3 de mayo de 2021 – archivo 08 Hora 1:23:49).

¹ “Gracias señora Juez de manera respetuosa presento recurso de apelación parcial frente al numeral segundo de la sentencia y específicamente frente a la orden que se le da a mi representada de devolver las sumas a las cuales se condena debidamente indexadas este recurso lo sustento de los siguientes argumentos: En la sentencia de la sala de casación Laboral SL 9316 del 29 junio del 2016, se precisó que la indexación “Es la simple realización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía”. En este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS está garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados es entonces incompatible y excluyente ordenar la indexación pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados en ninguno de los tres casos por la inflación puesto que por el contrario se han generado rendimientos muy superiores a los que se garantizan en el régimen de prima media al respecto vale la pena traer a colación la sentencia del Tribunal Superior de Cali dentro del proceso 2022562 del pasado 20 de enero del año en curso donde se señaló “Respecto de la indexación la sala considera que no hay lugar a dicha imposición toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado de los emolumentos a retornar, por tal razón se revoca dicha condena a Colfondos y Porvenir” luego ordenar que Porvenir retorne cualquier suma de dinero sin duda es imponer una doble sanción por cuanto sin razón alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó mi presentaba a partir del acto jurídico informado que se le acaba demandante supera con creces la posible pérdida del poder adquisitivo los dineros de los afiliados representan los aportes pensionales en esos términos señores magistrados le solicito de manera respetuosa revocar la orden que se le da a mi representar en numeral segundo para los tres casos de devolver las sumas a las cuales se le condena debidamente indexadas en esos términos dejo presentado el recurso de apelación. Muchas gracias.”

² “Su señoría estando dentro del término legal me permito presentar recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en contra de la sentencia proferida por el juzgado 14 del circuito de Bogotá, recurso que sustento en los siguientes términos: Solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad toda vez que el a quo al momento de dictar la sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entendido en que Colpensiones es un tercero ajeno al negocio celebrado entre los actores y las AFPS Porvenir, Colfondos y Protección y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos Inter partes

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

por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el Juez en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado mi representada no puede ser beneficiada ni afectada con la misma pues como se ha manifestado Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión tomada por los actores por lo que le solicito al honorable Tribunal Sala Laboral que no condene a mi representada a recibir al actora como afiliada del RPM pues con esta decisión consecuencial a la declaratoria de inexistencia pues está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema financiero de seguridad social en pensiones, el cual fue establecido en el artículo 42 de la Constitución Política y adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 ya que en caso de esta condena se debe tener en cuenta el impacto la PIB y la reserva pensional que día a día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos. De esta manera también solicito a la Sala que estudie de manera juiciosa este escenario en el que las AFPS faltaron al deber de información acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia, pero Colpensiones mi representada como aquí ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración de los actos jurídicos pues si las acarrea ya que con el regreso de los actores al RPM existe una alta posibilidad del reconocimiento a derechos pensionales lo cual genera como ya se dijo un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para esos fines. Ahora bien, pues conforme a lo estipulado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2013 el cual modifiko el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se señala que según lo anterior la demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional y en ultimas pues se determina que no hay posibilidad de negar el retorno de la demandante al RPM pues solicito al Tribunal condene a las AFPS que faltaron al deber de información a los afiliados pague a mi representada los perjuicios económicos que ello genera para mi representada lo anterior en atención a la teoría del daño del derecho civil que indica que quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero ajeno al acto jurídico como lo es Colpensiones. De esta manera dejo presentado el recurso reiterando a los honorables magistrados que revoque el fallo proferido por el Juzgado 14 del Circuito de Bogotá y en su lugar absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.”

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al fondo privado de pensiones la demandante tenía 40³ años de edad y había cotizado 161.57 semanas⁴, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años 6 meses 9 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad mínima de pensión (tenía 60 años – ver archivo 04 folios 3).

³ Nació el 26 de marzo de 1960.

⁴ Ver resumen de historia laboral– archivo 22 expediente administrativo.

⁵ *Ibidem*.

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6, 7}. Según dicho criterio los jueces deben declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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*

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

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

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

existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”;* (iii) *ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, -dice la Corte- (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 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 sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado, al margen de que ellas se deduzcan de la Ley.

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”*. Ello que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, por el contrario, indicó que para la época del traslado PORVENIR S.A. únicamente le informó sobre las ventajas del RAIS y que su mejor alternativa era trasladarse a un fondo privado porque el ISS se iba a acabar; le informaron sobre la heredabilidad de los aportes pues por sus condiciones particulares era un aspecto que siempre preguntaba. En ninguno de los traslados recibió una información completa y oportuna respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales. (Audiencia virtual del 17 de marzo de 2023 – archivo 42).

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

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

individual de la demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, y la *suma* destinada a garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de PROTECCIÓN S.A. y 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). Por lo anterior, y para responder el recurso de PORVENIR, se precisa que implica también la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸ los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y en respuesta a la apelación presentada por su apoderada, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se llegaren a causar en caso de asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos privados de pensiones.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 14 2021 00165 01

Jorge Alfonso Pérez Arenales contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JORGE ALFONSO PÉREZ ARENALES
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en su favor, la sentencia dictada el 31 de marzo de 2023 por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JORGE ALFONSO PÉREZ ARENALES presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficiencia* (sic) de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad por resulta ineficaz su afiliación a PROTECCIÓN S.A. ante la omisión de dicho fondo del deber de informarlo con prudencia y

EXP. 14 2021 00165 01

Jorge Alfonso Pérez Arenales contra Colpensiones y otros.

pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las implicaciones que tenía en cambio de régimen pensional y, en general, sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas. En consecuencia, para todos los efectos jurídicos, se establezca que siempre ha permanecido en el RPM administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, se ordene a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración que hayan sido descontados durante todo el tiempo en que estuvieron en poder de esa administradora, y a COLPENSIONES que reactive su afiliación, reciba los aportes y rendimientos devueltos por PROTECCIÓN y actualice y corrija su historia laboral (ver demanda archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas contestaron la demanda a través de apoderado para la Litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad por cuanto suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, el cual denota aceptación de las características del RAIS momento para el cual no se encontraba inmerso en las causales de prohibición indicadas en la ley. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado,*

EXP. 14 2021 00165 01

Jorge Alfonso Pérez Arenales contra Colpensiones y otros.

prescripción y la innominada o genérica (ver contestación folios 1 a 31, archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso igualmente a las pretensiones que involucren a la entidad y, especialmente, a que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación del demandante a ese fondo de pensiones, debido a que -dice- nos encontramos ante un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo como se observa del formulario de afiliación en el que consta que dicho acto se realizó de forma libre y voluntaria en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 3 y 271 de la Ley 100 de 1993, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza de ambos contratantes, por lo que se desvirtúa cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Asegura que la forma como se liquida la pensión de vejez en el RAIS o las expectativas económicas del demandante, no hacen ineficaz o nula la afiliación, pues la fórmula está consagrada en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Advierte que el demandante se encuentra dentro de la limitante legal del artículo 2 literal e) de la Ley 797 de 2003 por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse, por lo que no existe cusa jurídica que justifique su regreso al régimen de prima media. Formuló como 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 de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*, y la innominada o genérica (ver contestación folios 2 a 31, archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 14 2021 00165 01

Jorge Alfonso Pérez Arenales contra Colpensiones y otros.

Terminó la primera instancia con sentencia del 31 de marzo de 2023, mediante la cual la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PROTECCIÓN (antes SANTANDER) no cumplió con el deber de información, caracterizado por la entrega de elementos suficientes y necesarios sobre las características, modalidades, desventajas y la forma como se calcula el monto de la pensión, que permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal¹:
“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hicieron los demandantes señores DORA CECILIA DÍAZ JAIME proceso 299 del 20, JORGE ALFONSO PÉREZ ARENALES 165 de 2021, INGRID JANETH BOHÓRQUEZ FERNÁNDEZ proceso 199 de 2021 y CAMILO BOA PIÑEROS proceso 260 de 2021 del régimen del prima media con prestación definida administrado por el extinto Seguro Social al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. señalando como consecuencia de esta declaración que ningún efecto jurídico surtió el acto de traslado que realizaron citados demandantes y por tanto siempre estuvieron afiliados al régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. donde se encuentran vinculados actualmente los demandantes, a trasladar el saldo total de la cuenta individual de ahorro de cada uno de ellos a COLPENSIONES incluidos rendimientos financieros, sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje de pensión de garantía mínima, los cuales deben

¹ En el caso sub examine y como quiera que la juez resolvió en una sola sentencia sobre diferentes demandas, se advierte que la Sala tendrá en cuenta únicamente las órdenes que incumben al proceso con radicación 14 2021 00165 01 promovido por JORGE ALFONSO PÉREZ ARENALES, que es sobre lo que versa su competencia.

EXP. 14 2021 00165 01

Jorge Alfonso Pérez Arenales contra Colpensiones y otros.

ser retornados hacia COLPENSIONES debidamente indexados. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por el extremo pasivo y CUARTO: CONDENAR en COSTAS de la acción en cada proceso a las demandadas oportunamente se tasarán” (Audiencia virtual, récord 43:26 archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES afirma que no se tuvo en cuenta que es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP PROTECCIÓN, por lo que la entidad no puede verse favorecida ni perjudicada con la ineficacia que se declara. Solicita que no se le condene a recibir al demandante como su afiliado pues con ello se afecta el equilibrio financiero del sistema de seguridad social. Advierte que, en todo caso, el demandante está inmerso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003 por lo que no es viable su retorno al RPM. De confirmarse la sentencia, pide que se disponga el resarcimiento de los perjuicios económicos que se puedan causar² (Audiencia virtual, récord 47:21 archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

² “Gracias su señoría estando dentro del término legal me permito presentar recurso de apelación para ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en contra de las sentencias proferidas por el juzgado 14 laboral del Circuito de Bogotá en los procesos 2021 - 165, 2021-199, 2021 -60 y 20 - 299 recurso que sustento en los siguientes términos: Solicito a los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad, ya que pues en la cual al momento dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entendido pues que Colpensiones es un tercero ajeno en el acto jurídico celebrado entre los actores y la AFP Protección y pues en razón en que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes por lo cual pues independientemente de la decisión adoptada por el juez en razón a la declaratoria o no de ineficacia de traslado pues mi representada no puede ser favorecida, ni perjudicada con la misma ya que como se ha manifestado Colpensiones pues nada tuvo que ver con la decisión tomada por los actores por lo que solicito el honorable tribunal sala laboral que no se condene a mi representada recibir a los actores como afiliados de nuevo al RPM, ya que con esta decisión consecuencia a la declaratoria inexistencia pues está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 48 de la constitución política y adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 del 2005 pues en caso de condenada se debe tener en cuenta el impacto del PIB y en la reserva pensional que día tras día se ha venido afectando de manera preocupante con ese tipo de procesos le solicito igualmente a la sala que estudie de manera juiciosa este escenario en el cual la AFP que faltó al deber de información pues no acarrea graves consecuencias con la declaratoria de inexistencia pero Colpensiones mi representada que como ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración de los actos jurídicos pues si las acarrea ya

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Sólo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en 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 con el traslado de los actores al régimen de prima media existe una clara posibilidad de obtener el reconocimiento de los derechos pensionales lo cual genera como ya se dijo un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para estos fines. Ahora bien pues conforme a lo estipulado en el artículo segundo de la Ley 797 del 2003 el cual modificó literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 pues se señala que según la anterior norma los demandantes se encuentran inmersos en la prohibición para trasladarse de régimen pensional y en últimas pues sí se determina que no hay otra posibilidad que retorna a los demandantes al rpm solicito al Tribunal condenar a la AFP que incumplió su deber legal de información a los afiliados para mí representada los perjuicios económicos que ello genera para mí representada lo anterior a la atención de la teoría del daño del Derecho civil que quien causa el daño es quien de repararlo y no un tercero como en el acto jurídico como los representantes preferidos por el juzgado 14 laboral de circuito de Bogotá y en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en los escritos introductores”.

EXP. 14 2021 00165 01

Jorge Alfonso Pérez Arenales contra Colpensiones y otros.

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 36³ años de edad y había cotizado 406.29⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 1 año 7 meses y 18 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para acceder al derecho pensional (tenía 56 años de edad, folio 31 del archivo 03 y archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

³ Nació el 7 de agosto de 1964, folio 31 archivo 03.

⁴ Ver historia laboral expedida por Protección y por el Ministerio de Hacienda, válida para bono pensional, folios 44 a 59 y 60 a 62 archivo 11, expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ *Ibidem* e historia laboral expedida por COLPENSIONES folios 242 a 246 archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{6, 7}. Para la Corte, los jueces deben declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

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

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

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

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

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

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

EXP. 14 2021 00165 01

Jorge Alfonso Pérez Arenales contra Colpensiones y otros.

que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según dijo una persona acudió a la oficina donde trabajaba y les indicó que el Instituto de Seguro Social desaparecería, que se debían pasar al fondo de pensiones y les entregó el formulario de afiliación (ver archivo 20 del expediente digital, récord 04:01).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución del saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, incluidos rendimientos

EXP. 14 2021 00165 01

Jorge Alfonso Pérez Arenales contra Colpensiones y otros.

financieros, sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje de pensión de garantía mínima, debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL 1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

EXP. 14 2021 00165 01

Jorge Alfonso Pérez Arenales contra Colpensiones y otros.

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional 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. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 15 2022 00092 01
Luis Alejandro Leal Bernal contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS ALEJANDRO LEAL BERNAL CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. LA COMPAÑÍA COLOMBIANA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS -
COLFONDOS S. A Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia dictada el 24 de abril del 2023 por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS ALEJANDRO LEAL BERNAL presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A - COLFONDOS S. A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* del traslado al régimen de ahorro individual realizado el 1 de septiembre de 1998 mediante afiliación a PORVENIR. Afirma que el fondo lo asesoró de manera errada e inadecuada sobre las desventajas de su decisión y no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre cuál era el régimen más

EXP. 15 2022 00092 01

Luis Alejandro Leal Bernal contra Colpensiones y otros.

conveniente para él antes de cumplir los 52 años. En consecuencia, pide que se condene a COLFONDOS al traslado de los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, y a PORVENIR los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales a COLPENSIONES, y a esta última a que aceptare la vinculación (ver demanda archivo No. 01, subsanación demanda archivo No. 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda, fue contestada por las demandadas mediante apoderados judiciales.

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones. Afirma que las pretensiones no están dirigidas en su contra y quien debe pronunciarse es PORVENIR por haber tramitado la afiliación, situación ajena a COLFONDOS. Señala que el deber de asesoría surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014, que el demandante no hizo uso de su derecho al retracto, y que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y no tenía expectativas legítimas pensionales por no contar 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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, y la genérica* (ver contestación folio 1 a 15 archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que el demandante realizó el traslado de forma libre, espontánea e informada y recibió del fondo la asesoría debida sobre condiciones, beneficios, características y las consecuencias del traslado de régimen pensional. Sostiene que las documentales allegadas permiten desestimar la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el demandante realizó traslados horizontales entre fondos, y aportes voluntarios. Por lo anterior considera que la afiliación al RAIS es válida y no hay lugar a realizar traslado alguno de gastos de administración ni seguros previsionales a Colpensiones. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutas y la*

EXP. 15 2022 00092 01
Luis Alejandro Leal Bernal contra Colpensiones y otros.

genérica (ver contestación folios 2 a 27 del archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Afirma que esa administradora no tuvo injerencia en el traslado de régimen del demandante. Advierte que el actor no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y por ello le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no es posible su traslado de régimen. En su defensa propuso las excepciones que denominó *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica* (ver contestación folios 1 a 8 del archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de abril de 2023, mediante la cual el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado. Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de información suficiente sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales que permitiera al demandante elegir la opción que mejor se ajustara a sus intereses. No encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por el demandante respecto de la información que habría recibido al momento de la afiliación. No ordenó la devolución de lo descontado por primas de seguros previsionales por tener un fundamento legal.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación del traslado efectuado por el señor LUIS ALEJANDRO LEAL BERNAL del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, el día 22 de julio del año 1998 a través de la AFP PORVENIR y como consecuencia lo anterior ordenar entonces a la AFP COLFONDOS en la que actualmente se encuentra afiliado el señor demandante a trasladar los recursos y sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los gastos de administración previsión en el literal artículo 3 y artículo 20 de la Ley 100 por el periodo en que ha administrado dichas cotizaciones del demandante, comisiones que haya*

EXP. 15 2022 00092 01

Luis Alejandro Leal Bernal contra Colpensiones y otros.

descontado. Igualmente, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con destino todos estos recursos a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES a esta que reciba los mismos reactive la afiliación que en alguna época tuvo el señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera traslado al régimen de ahorro individual conforme se expuso en la parte motiva. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR donde en alguna época estuvo afiliado el señor demandante trasladar los recursos sumas correspondientes a los gastos de administración previsto en el literal Q del artículo 13 y Artículo 20 de la Ley 100, comisiones, primas, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o rendimientos que hubiera producido los recursos durante el tiempo que estuvo afiliado al señor demandante a ellos esto con destino a la administradora colombiana de pensiones- COLPENSIONES. TERCERO: CONDENAR en costas a PORVENIR para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un mínimo legal vigente para el año 2023 sin costa respecto a COLFONDOS y a COLPENSIONES conforme se expuso una parte emotiva. CUARTO: Si la presente providencia no fuere impugnada dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES se remitirá la diligencia al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.” (Audiencia virtual, récord 1:18:29, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se ordene la devolución de descontado por primas de seguros previsionales, como lo ha dispuesto la Corte Suprema Justicia como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado del régimen¹ (Audiencia virtual, récord 1:03:23, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias su señoría de acuerdo a lo indicado por mi representada y siendo la etapa procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia solamente con respecto al no traslado a la totalidad de la cotización es el decir con el no traslado del porcentaje destinado al pago de seguros previsionales del demandante a mi representada ha indicado la Corte Suprema de Justicia dentro de su avance jurisprudencial de ineficacias del traslado que las consecuencias de la inobservancia del deber de información es la declaratoria de ineficacia del acto de traslado implica que las partes deben volver al mismo estado que se hallarían si no hubiese existido la afiliación al régimen de ahorro individual eso es el propósito es retrotraer la situación como si jamás hubiese existido lo que implica en este caso a las AFPS privadas que deben trasladar a

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia que plantea el recurso y en consulta en favor de COLPENSIONES todos los aspectos desfavorables de la sentencia de primera instancia, 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 que existen en Colombia y el derecho a trasladarse entre uno y otro 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 al traslado de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho a trasladarse 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 señalada en el párrafo anterior, 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*

Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con sus rendimientos financieros y por lo tanto también los obliga a devolver los gastos de administración y primas de los seguros pensionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades pues estos recursos desde el nacimiento ineficaz deben ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones por lo antes expuesto solicito al honorable Tribunal de Bogotá Sala laboral revoque en este sentido la sentencia preferida y obtener la devolución total de la cotización del demandante a mi representada en tal sentido dejo presentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”.

EXP. 15 2022 00092 01

Luis Alejandro Leal Bernal contra Colpensiones y otros.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 37² años de edad y había cotizado 234,43³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (la historia laboral allegada acredita 1 año, 5 meses, 8 días⁴), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de acceso a la pensión (le faltaba menos de un año -ver folio 112 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5,6}.

² Nació el 29 de diciembre de 1960.

³ Ver historia laboral expedida por Colpensiones, archivo 16 del expediente digital.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia

Según dicho criterio, los jueces deben declarar la ineficacia del traslado de régimen cuando ocurran las circunstancias que definen (entre otras) las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020.

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

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes*”.

EXP. 15 2022 00092 01

Luis Alejandro Leal Bernal contra Colpensiones y otros.

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

Acatando la jurisprudencia referida de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información que era 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 necesaria, no sólo una ilustración sobre las características del régimen, sino también sobre las desventajas que pudiera tener de forma específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, hecho que no confesó ocurrido el demandante al absolver el interrogatorio de parte, pues allí dijo que el asesor en una corta reunión indicó que el ISS iba a desaparecer, sin informar sobre los rendimientos o cuál era el capital requerido para trasladarse, o si tenía derecho al traslado, afirmando que la manera de recuperar lo ya aportado al régimen de pensiones era con la afiliación a esa AFP (Audiencia virtual del 24 de abril de 2023).

EXP. 15 2022 00092 01
Luis Alejandro Leal Bernal contra Colpensiones y otros.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración a cargo de aquella y de PORVENIR S.A., pero en virtud de la apelación presentada por COLPENSIONES se adicionará para ordenar a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. efectuar la devolución de los montos de los seguros previsionales (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones de seguros 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) (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

EXP. 15 2022 00092 01
Luis Alejandro Leal Bernal contra Colpensiones y otros.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para CONDENAR a las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a devolver los montos descontados por primas de los seguros previsionales de la cuenta del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; y 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. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL (ACCIÓN DE REINTEGRO)
PROMOVIDO POR JORGE ALBERTO SANABRIA BARRETO CONTRA
TRANSMASIVO S.A.**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Llega el expediente digital al Tribunal, procedente del Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, para decidir los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la sociedad demandada, contra la sentencia dictada el 19 de mayo de 2023 por la cual se CONDENÓ a la demandada a pagar al demandante una indemnización equivalente a 6 meses de salario debidamente indexados, por vulnerar la garantía foral del demandante.

SENTENCIA

Por medio de apoderado, JORGE ALBERTO SANABRIA BARRETO presentó demanda, que fue objeto de reforma¹, contra TRANSMASIVO S.A. para que previos los trámites de un proceso especial, se declare que tiene fuero sindical por ser miembro suplente de la Junta Directiva Nacional de Bogotá de la organización sindical UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA – UGETRANS como cuarto suplente, y que fue despedido sin autorización judicial. Como consecuencia de ello pide que se condene a la demandada a reintegrarlo al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido, o a uno de mejores condiciones, y a pagarle los

¹ Audiencia del 2 de mayo de 2023, récord 1:36:18.

salarios y acreencias laborales legales que haya dejado de percibir entre la fecha del despido y la del reintegro, intereses y sanciones moratorias.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 4 de diciembre de 2007 se vinculó a la empresa TRANSMASIVO S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de *Operador de Apoyo (conductor)*, devengando como último salario la suma de \$2.048.000. Refiere que debido a la labor que desarrolló en la empresa presentó varios quebrantos de salud, patologías por las cuales se encontraba reubicado dentro de la compañía *con fuero de estabilidad laboral reforzada*. Indica que mediante Resolución 1819 de 2020 el Ministerio de Trabajo negó la autorización para la terminación de su contrato de trabajo, por considerar que no se había probado la causal contemplada en el artículo 61 del C.S.T. “*por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento*”; sin embargo, mediante Resolución 3578 de 2021, confirmada en la Resolución 3202 de 2022 esa entidad autorizó el despido de trabajadores con *estabilidad laboral reforzada con condición médica* y conminó a TRANSMASIVO S.A. a que en el caso de trabajadores con fuero sindical, solicitara ante el juez laboral el levantamiento del fuero. Sostiene que el 5 de agosto de 2022 y con fundamento en la autorización expedida por el Ministerio del Trabajo, fue despedido de forma unilateral y sin justa causa por el empleador, fecha para la cual fungía como cuarto suplente de la Junta Directiva Nacional de la organización sindical UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA – UGETRANS, al que se encontraba afiliado. Informa que el 30 de septiembre de 2022 presentó reclamación, la cual fue resuelta el 11 de octubre siguiente, en la que se ratifica la decisión de la compañía de poner fin a su contrato de trabajo (ver demanda folios 1 a 9 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la demandada en audiencia celebrada el 2 de mayo de 2023. Aceptó los hechos relativos al último salario devengado, la estabilidad laboral reforzada por salud de la que era beneficiario el demandante, las resoluciones expedidas por el Ministerio del Trabajo, y la reclamación presentada. Los demás los negó o dijo

no constarle. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con excepción de aquella que procura la existencia del contrato de trabajo, con fundamento en que desconocía que el demandante hubiera sido miembro principal de la junta directiva nacional del sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA – UGETRANS o que se encontrase activo dentro del mismo. Aduce, además, que el vínculo finalizó por el modo de terminación establecido en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo que señala que el cual el contrato de trabajo *tendrá vigencia mientras subsista la materia que le dio vida*, que para el caso era la Concesión 016 de 2003 que le fue otorgada a esa empresa por TRANSMILENIO. De esta manera, dice, al existir una causa legal para finalizar el contrato de trabajo, no tenía la obligación de solicitar permiso del Juez Laboral para poner fin a la relación laboral, en tanto no ocurrió un despido. En todo caso, afirma que el demandante desde el 16 de enero de 2020 no volvió a desarrollar cargo o actividad alguna al interior de la empresa, pues luego de finalizar la Concesión 016 de 2003 cesó sus actividades operativas debido a que su objeto principal es el transporte público y masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá. Advierte que los contratos a término indefinido no son precisamente pactados de *manera eterna o sin límites en el tiempo*, por el contrario la ley previó que ante la imposibilidad de seguir desarrollando las labores que originaron la contratación y la materia del trabajo, el mismo llega a su final, de manera que en este caso se puede dar un tratamiento similar al del contrato pactado para la duración de una obra o labor, en cuyo evento una vez finalizada la obra o labor termina de manera automática el contrato, razón que hace *innecesario* agotar un procedimiento de permiso para finalizar el contrato de trabajo a ese trabajador amparado por fuero sindical. En su defensa propuso como excepciones de fondo: cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, prescripción, buena fe, cosa juzgada y la genérica (archivo 16, récord 11:45).

También se notificó la admisión de la demanda a la organización sindical UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA – UGETRANS (archivo 09), quien compareció al proceso a través de su

presidente y coadyuvó las pretensiones de la parte actora (Audiencia virtual del 2 de mayo de 2023, récord 1:35:42).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de mayo de 2023, mediante la cual el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá condenó a la demandada a pagar a favor del demandante la suma de \$12.288.000 como indemnización por haber sido vulnerada la garantía foral de la que era beneficiario, y de conformidad con lo previsto en el artículo 116 del C.P.T. y la sentencia SU-377 de 2014. Para tomar su decisión, en primer lugar, concluyó que el demandante acreditó la calidad de aforado sindical como suplente de la junta directiva de UGETRANS y que en este tipo de procesos el operador judicial no estaba facultado para revisar si existió o no una justa causa como lo solicita el empleador, pues para ello está prevista la acción de permiso para despedir. Estimó que en este caso la demandada no acudió al juez laboral a calificar la justa causa que invocó y, como el contrato celebrado entre las partes lo era a término indefinido pues no fue su voluntad cambiar la modalidad del contrato aunque según una de sus cláusulas pareciera que lo fue de obra o labor, la forma de terminación no se enmarca en las excepciones del artículo 411 del C.S.T. para dar por terminado el contrato de trabajo sin previa calificación judicial, por lo que lo procedente sería disponer el reintegro del trabajador; sin embargo, determinó que existe una imposibilidad material para proceder al reintegro pues desde que finalizó el contrato con TRANSMILENIO, la empresa demandada perdió su razón de ser, su objetivo, tanto así que desde el 2020 el demandante no venía desarrollando ninguna función. En su lugar, procede la indemnización en los términos del artículo 116 del C.S.T y la sentencia SU-377 de 2014, teniendo en cuenta el momento en que se produjo la desvinculación.

La parte resolutive de dicha sentencia es del siguiente tenor: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada TRANSMASIVO S.A. al reconocimiento y pago a favor del señor demandante JORGE ALBERTO SANABRIA BARRETO la suma de \$12.288.000 por concepto de indemnización, consistentes en 6 meses del último salario devengado, la cual se pagará entonces debidamente*

indexada o actualizada desde la fecha de terminación del vínculo hasta su momento efectivo de pago, esto teniendo en cuenta su condición de aforado y la vulneración de esta garantía foral por parte de la empleadora, lo anterior atendiendo a lo dispuesto en el artículo 116 de código procesal del trabajo y la seguridad social y la sentencia SU - 377 del año 2014, conforme se expuso en la parte motiva. SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un (1) salario mínimo legal vigente para el año 2023. TERCERO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por la parte demandada” (Audiencia virtual, récord 1:49:30, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante afirma que no existe imposibilidad para proceder al *reintegro material* pues la empresa está vigente, no se encuentra en proceso de liquidación, sigue funcionando, y tiene músculo financiero para cubrir salarios y prestaciones sociales. Además, como su contrato era a término indefinido, la demandada debió solicitar el levantamiento del fuero sindical² (Audiencia virtual, récord 1:02:31, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

TRANSMASIVO S.A. en el recurso asegura que no debía solicitar el permiso para despedir pues el contrato terminó por una causa legal. Al respecto, precisó que si bien es cierto entre las partes se suscribió un contrato de trabajo

² “Sí su señoría me permito presentar recurso de apelación señoría, en lo concerniente su señoría a la imposibilidad que pues se manifiesta por parte en la sentencia del reintegro material de mi defendido su señoría pues olvida el señor juez que la empresa sigue funcionando su señoría y que en el certificado de asistencia y representación legal ellos tienen una duración hasta el 2050 más o menos su señoría no están en reorganización, no están en liquidación, ellos tienen el músculo financiero para poder sostener sí lo que tiene que ver con las labores de mi poderdante y sus salarios respectivos su señoría, también pues en este terminó indefinido y tendrán ellos que como ya bien lo dijo su señoría presentar ante el juez laboral el levantamiento del fuero que aquí fue demostrado señoría y es allí donde se tiene que dirimir la terminación del contrato o no del demandante su señoría entonces en ese aspecto señoría pues se solicita al honorable Tribunal de la Sala laboral pues revocar esa parte y dar el reintegro material completamente de mi poderdante su señoría Muchas gracias”.

a término indefinido, en este caso, conforme lo establecido en el artículo 47 del C.S.T, es posible hacer una *analogía* con los contratos a término fijo o por obra o labor, debido a que las partes conocían de antemano que el contrato estaría vigente siempre que subsistiera el contrato de concesión 016 de 2003 suscrito por esa sociedad con TRANSMILENIO, es decir, desaparecieron las causas que le dieron origen al contrato o la materia el trabajo. Indica que el amparo del fuero sindical no deriva en la prolongación del plazo pactado pues solo cobija al trabajador durante la vigencia del contrato o el lapso acordado desde la suscripción del contrato. Afirma que de buena fe reconoció al demandante una indemnización a la terminación del contrato de trabajo, a la que no había lugar, suma que debe ser tenida en cuenta o compensada dentro de los valores objeto de condena³ (Audiencia virtual, récord 1:55:13, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

³ “Gracias su señoría me permito siendo el momento procesal para presentar mi recurso de apelación en los siguientes términos: Me permito manifestar que frente a la sentencia emitida por este honorable despacho no encuentro, ni comparto la posición de mismo frente que de manera reiterada y a consideración mi representada si se encuentra dentro de las excepciones de conformidad a las contempladas en la legislación laboral para aplicar el fuero sindical de manera que si bien es cierto este fue un contrato a término indefinido de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia la Sala de Casación Laboral ha manifestado que la similitud incluso hace una analogía entre el contrato a término indefinido y el contrato a término fijo o incluso por una obra o labor de manera que ese punto uno e incluso punto dos también hubo un acuerdo entre las partes las cuales de manera anticipada ya tenían el conocimiento de que el mismo contrato tendría la misma duración siempre y cuando subsistieran las causas que dieron origen al mismo de conformidad que fue el contrato de concesión 016 de 2003 entre mi representada y Transmilenio S.A. de manera que es importante precisar que si bien es cierto el contrato fue suscrito como un contrato a término indefinido y el artículo 47 del CST tal y como se ofició en su carta de finalización del contrato en la cual se le indicó que teniendo en cuenta que el contrato individual de trabajo lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 47 del CST y la finalización del contrato de concesión por decisión de la empresa de transporte Transmilenio S.A. nos permitimos comunicarle a la decisión de dar por terminado el contrato individual de trabajo por justa causa legal que obedece únicamente a los motivos expuestos sin ningún otro de manera que tal y como lo indiqué al inicio y como fundamento de mi recurso la Sala de Casación Laboral ha reconocido que el contrato a término indefinido puede finalizar cuando se suscite la desaparición de las cosas que dieron origen al contrato o la materia del trabajo por lo cual a pesar de la estabilidad brindada por este tipo de vinculación se debe analizar en cada caso en particular para verificar otro o la materia del trabajo por lo cual a pesar de la estabilidad brindada por este tipo de vinculación se debe analizar cada caso en particular para verificar la extensión de dichas causas o trabajos sean ajenos a la voluntad de las partes operando la terminación automática por ministerio de la ley como lo precisó la sentencia 28629 al 21 de marzo del 2007 con magistrado ponente la doctora Isaura Díaz al afirmar que la estabilidad laboral no quedó dependiendo de la voluntad o arbitrio patronal como para que pueda entenderse que el empresario le basta con hacer desaparecer o protestar el desaparecimiento de las causas que dieron origen al contrato o a la materia de trabajo para que se tenga extinguido en forma legal y justificada es preciso distinguir en cada caso el origen en la fuente en la razón de esos fenómenos si de hecho se producen por hechos o circunstancias ajenas a la voluntad de las partes el contrato termina automáticamente por ministerio de la ley pero si sobreviene por cualquier exclusivo de una de ellas porque los ha

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No son objeto del debate en esta instancia los siguientes hechos que encontré probados la sentencia apelada, sin manifestación en contra por parte de los recurrentes: i) que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a *término indefinido* el 4 de diciembre de 2007, y que el mismo fue objeto de modificación el día 1 de septiembre de 2010 (folios 39 a 42 del archivo 01, 106 y 107 del archivo 13.1, y 16 a 17 archivo 18 del expediente digital, trámite de primera

procurado en busca de mayores beneficios personales la expiración del vínculo será imputable a quien con ese comportamiento la haya provocado auspicando tendrá carácter de ruptura unilateral y deberá asumir las consecuencias previstas en la ley para estos. Ahora bien también en la sentencia del 4 de diciembre del 2020 del honorable tribunal del distrito judicial de Bogotá de la sala laboral el magistrado el doctor Diego Roberto Montoya manifestó el derecho de asociación sindical tiene una incuestionable protección constitucional por medio del artículo 49 Superior y estabilidad jurídica otorgada por el bloque de constitucionalidad en virtud de los convenios 87 y 98 de la OIT siendo estos firmados y ratificados por Colombia en intermedio de la Ley 2 de 1973 y 1976 reconociendo la garantía del fuero sindical la cual se encuentra encaminada a proteger al aforado primero para no ser despedido y segundo no ser desmejorado en sus condiciones de trabajo, tercero ni trasladado a otro establecimiento dentro de la misma empresa o un municipio distinto sin justa causa previamente calificada por un juez de trabajo en los términos del artículo 406 del código sustantivo pero el Tribunal sostiene que no obstante se debe precisar que el fuero sindical no fue concedido por el Constituyente ni otorgado por el legislador como un mecanismo para la protección del trabajador aforado individualmente considerado pues su fin primigenio es salvaguardar el derecho de asociación es decir su propósito es amparar el derecho colectivo por encima de los intereses particulares que es necesario memorar que el amparo del fuero sindical para los trabajadores no deriva en la prolongación del plazo pactado pues el amparo solo cubre al trabajador durante la vigencia del contrato o el lapso acordado desde la suscripción del contrato lo cual regula lógicamente bajo el entendido de las mismas partes trabajador y empleador quienes de forma concertada y consentida cuando establecen la duración del vínculo laboral desde el mismo inicio de la relación laboral también mediante sentencia del 9 de marzo del 2000 bajo radicado 922 magistrado ponente la doctora Carmen Cecilia Cortés Sánchez indicó de igual manera se advierte que la aplicación de los convenios 87 y 98 de la OIT el comité de libertad sindical en diferentes pronunciamientos ha recordado a los Estados Miembros el principio general el cual la libertad sindical implica el derecho para los trabajadores y empleadores a elegir libremente sus representantes el derecho de las organizaciones de trabajadores a elegir libremente sus dirigentes constituye una condición indispensable para que puedan actuar efectivamente con toda independencia y promover con eficacia los intereses de los afiliados y en tal sentido la libertad sindical se manifiesta como una facultad autónoma de los trabajadores para crear sus propias organizaciones sindicales sin embargo esta potestad no puede convertirse en una barrera que impida la remoción de determinado trabajador o el obligar a el empleador a mantener unas condiciones laborales inexistentes posición que ha sido por el honorable tribunal superior del distrito de Bogotá. De manera que ahora frente a la condena impuesta muy representada por el valor de \$12. 288.000 manifiesto que de buena fe incluso mi representada en el momento de la finalización del contrato reconoció indemnización sin haber lugar a la misma de buena fe ya que dentro del presente litio se pretendía incluso se llegaron a hacer manifestaciones de que se actuó de mala fe pretendiendo empeorar por así decirlo las condiciones que sostuvo mi representada durante la relación laboral las mismas solicitó se han tenidas o compensadas dentro de la suma en la cual pues este despacho condenó. En ese sentido presentó mis recursos señor juez”

instancia); (ii) que el vínculo terminó por decisión unilateral de la demandada con fundamento en la causal prevista en el numeral segundo del artículo 47 del C.S.T., aduciendo la finalización del contrato de concesión suscrito por esa empresa con TRANSMILENIO S.A., el cual constituía la causa que le dio origen al contrato de trabajo (folio 184 a 186 del archivo 01 y 93 a 95 archivo 13.1, *ibídem*); (iii) que JORGE ALBERTO SANABRIA BARRETO tiene fuero sindical por desempeñar el cargo de *cuarto suplente* dentro de la Junta Directiva de la organización sindical UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA – UGETRANS (folios 83 a 84, 86, 87, 88 a 90) y que la demandada no solicitó calificación de la causa de despido ante el juez del trabajo; (iv) que el demandante era beneficiario de la garantía de estabilidad laboral reforzada por salud establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; (v) que mediante Resolución No. 3578 del 23 de noviembre de 2021 el Coordinador del Grupo Interno de Trabajo Unidad de Investigaciones Especiales del Ministerio de Trabajo autorizó a la empresa TRANSMASIVO S.A. a despedir, entre otros, al demandante, decisión que fue confirmada por esa entidad mediante Resoluciones 1616 de 2022 y 3202 de 2022 (folios 112 a 134, 135 a 168, 169 a 183, archivo 01 del expediente digital trámite de primera instancia); (vi) de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 26 de abril de 2023, que TRANSMASIVO S.A. es una sociedad vigente, su última renovación fue el 29 de marzo de 2023, no se encuentra disuelta y su duración está prevista hasta el 31 de marzo de 2120 (archivo 12 *ibíd.*)

En estas circunstancias, y en consonancia con los recursos de apelación, la controversia se resuelve definiendo (i) cuál fue la modalidad que rigió el contrato de trabajo y si la sociedad demandada debía o no solicitar autorización para dar por terminado el vínculo laboral que venía ejecutando el demandante; y de ser afirmativo lo anterior (ii) si procede el reintegro material del trabajador.

Para resolver lo que corresponde, recuerda la Sala que nuestro ordenamiento jurídico protege el derecho de asociación sindical de tres acciones concretas

del empleador, en cuanto de ellas se pueda derivar una limitación o una afectación *cierta* al funcionamiento de las organizaciones sindicales: el despido, la desmejora en las condiciones de trabajo, y el traslado o cambio del lugar de trabajo, de servidores amparados con fuero sindical.

Para hacer efectiva dicha protección, en la primera de tales eventualidades (el despido o terminación unilateral del contrato de trabajo), el ordenamiento jurídico impone al empleador que estime ocurrida una justa causa para la terminación *unilateral* del contrato de trabajo, acudir ante un juez mediante el procedimiento que regula el artículo 113 del C.P.L., en el cual se califica la existencia de dicha causa y se autoriza el despido del trabajador aforado. Con ello se protege a las asociaciones sindicales de las decisiones del empleador que puedan afectar su funcionamiento, por el despido arbitrario de sus directivos, o de otros miembros que gocen de estabilidad reforzada.

A contrario sensu, cuando la terminación del contrato de trabajo no tiene origen en una *decisión* del empleador sino en el *mutuo consentimiento*, o en la culminación de la obra contratada, o el vencimiento del plazo fijo pactado, no será necesaria la autorización del juez del trabajo. Así lo establece clara, expresa, y perentoriamente el artículo 411 del CST, pues en estas eventualidades la finalización del vínculo laboral no es fruto de una intención del empleador orientada a afectar el funcionamiento de la organización sindical, sino del cumplimiento del tiempo previsto para la duración de la relación de trabajo, duración que era previamente conocida por el trabajador y por la organización sindical, y en esa medida condicionaba válidamente el ejercicio de las funciones de dirección sindical.

Se debe precisar además que a diferencia de las relaciones de trabajo pactadas a término fijo -cuya duración puede prorrogarse indefinidamente en el tiempo a menos que el empleador decida lo contrario-, en los contratos de duración definida por una *obra* o por *una labor* determinada el contrato termina *ipso facto* con la conclusión del encargo y sin necesidad de manifestación del

empleador, pues concluída la obra habrá terminado la materia a la cual estaba adscrito el empleo.

Con base en lo dicho, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia, pues las pruebas allegadas al expediente dan cuenta clara de que las partes ejecutaron un contrato de duración definida por obra o labor contratada, consistente en la vigencia de la Concesión otorgada a TRANSMASIVO por TRANSMILENIO para la operación del sistema de transporte, y que dicha *obra o labor* ya concluyó.

En efecto y aunque las partes en el contrato de trabajo celebrado el 4 de diciembre de 2007 pactaron un contrato de término indefinido (folios 16 y 17 del archivo 18, trámite de primera instancia), dicho instrumento fue modificado por ellas mismas el 1 de septiembre de 2010 con la suscripción de un nuevo contrato en el que, si bien siguieron denominándolo como de *término indefinido*, supeditaron clara y expresamente su duración a la vigencia de la concesión otorgada por TRANSMILENIO S.A. a TRANSMASIVO S.A. para operar el sistema de transporte.

Así lo dispusieron en el párrafo 2 de la cláusula 9, que tiene el siguiente tenor literal “(...) *PARÁGRAFO 2: EL TRABAJADOR manifiesta que conoce y es consciente de que este contrato se celebra solo a causa de la concesión que TRANSMILENIO S.A. ha hecho a la empleadora para operar parte del sistema, siendo así que la labor para la cual se le contrato tiene como causa única el desarrollo de las necesidades de servicio durante la vigencia de la concesión, por lo que desde ahora acuerda con EL EMPLEADOR que el hecho de que la empresa TRANSMILENIO S.A. decida no renovar la concesión o terminara por cualquier causa, así sea este imputable a la empleadora, este hecho será tenido como justa causa para la terminación del contrato de trabajo (...)*” (folios 39 a 42, archivo 01, trámite de primera instancia).

En ese sentido, a pesar de la denominación que se le dio al contrato, las partes fijaron de antemano su vigencia y pactaron su duración por el tiempo que

durase *la obra o labor determinada*, pacto al cual se debe dar la relevancia jurídica que corresponde atendiendo al principio Constitucional de “*primacía de realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*” establecido en el artículo 53 Constitución Política, y validar como criterio válido o razón para la terminación del vínculo la finalización del contrato con TRANSMILENIO.

Sobre esto último resulta claro de las pruebas aportadas que el referido contrato de Concesión terminó el 15 de enero de 2020 cuando concluyó la última prórroga que acordaron las partes en el otrosí 09 al contrato de Concesión No. 016 de 2003 suscrito entre TRANSMILENIO S.A. y TRANSMASIVO S.A. (folios 377 a 395 archivo 13.1, trámite de primera instancia), situación de la que también se dejó constancia en las resoluciones expedidas por el Ministerio del Trabajo en la que se autorizó el despido de los trabajadores amparados con la garantía de estabilidad laboral reforzada por salud (ver folios 112 a 183, archivo 01 ibídem).

Lo anterior llevó a que en la fecha referida -15 de enero de 2020- se extinguiera el contrato de trabajo por simple imperativo de la ley, pues la culminación de la obra o la ejecución de la labor acordada agota su objeto, de tal manera que, desde ese momento, la materia de trabajo dejó de subsistir. La sociedad demandada mantuvo vigente el vínculo con el demandante hasta el 5 de agosto de 2022 (fecha en la que se comunicó formalmente la terminación del contrato, folios 184 a 186 del archivo 01, primera instancia), porque para el momento en que terminó la obra o labor contratada el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada por salud, como así lo reconocieron las partes, y se encontraba en trámite la autorización del Ministerio del Trabajo la cual fue otorgada finalmente el 4 de agosto de 2022 (ver Resolución 3202 de 2022).

Así las cosas, la demandada no estaba obligada a obtener autorización judicial para que la terminación del contrato de trabajo se pudiera consolidar jurídicamente.

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **ABSOLVER** a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.
3. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la parte demandante.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

CÓPIESE NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Esta decisión la tomó la Sala Sexta Laboral, integrada por los magistrados,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada
Salvo voto

EXP. 16 2020 0265 02
Nelly Pastora Soriano Ávila contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE NELLY PASTORA SORIANO ÁVILA CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, la sentencia dictada el 17 de marzo de 2023 por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ de la 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).

Por no cumplir los requisitos previstos en el artículo 76 del C.G.P., la Sala se ABSTIENE de aceptar la renuncia presentada por la abogada MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, al poder otorgado por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, toda vez que no se acompañó “la comunicación enviada al poderdante” (ver archivos 06 y 07 del expediente digital, trámite de segunda instancia).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NELLY PASTORA SORIANO ÁVILA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario,

EXP. 16 2020 0265 02
Nelly Pastora Soriano Ávila contra Colpensiones y otro.

se declare la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual efectuado mediante la afiliación a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy SKANDIA), por cuanto esta administradora no cumplió con el deber de ofrecerle información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS, con lo cual le causó un *grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional*. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR a trasladarla al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas como si nunca se hubiera surtido el traslado al RAIS, y anule la pensión de vejez que le fuera otorgada en la modalidad de retiro programado a partir del 5 de abril de 2017. Además, se ordene a COLPENSIONES aceptar su traslado y reconocerle pensión de vejez bajo los parámetros fijados en la Ley 797 de 2003 y pagar la diferencia entre el valor otorgado por PORVENIR y el que corresponda desde el momento en que causó la prestación, conforme a la normatividad aplicable (ver demanda folios 1 a 34, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que la demandante no allega prueba si quiera sumaria de las razones de hecho que sustenta la nulidad o de la solicitud de ineficacia de la afiliación. Además, asegura que no se les puede imponer la obligación de documentar la temática de la asesoría que se dio en el traslado inicial al RAIS, pues para la fecha en que se efectuó dicho acto las administradoras no se encontraban sujetas al deber de información y buen consejo; a pesar de ello -dice- se brindó información cierta, amplia y suficiente a la demandante en la antesala a su afiliación. Asevera que la nulidad pretendida por la demandante no puede ser otra que la relativa, por cuanto no se cumplen los supuestos de hecho necesarios para argüir una nulidad absoluta, como lo sería el objeto o causa ilícita, la omisión de algún requisito o formalidad o la incapacidad absoluta. Indica que a la luz del artículo 898 del Código de Comercio, la

EXP. 16 2020 0265 02
Nelly Pastora Soriano Ávila contra Colpensiones y otro.

ineficacia admite la ratificación, la cual devine de los traslados horizontales efectuados. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, imposibilidad de declaratoria de la ineficacia del traslado pro reconocimiento de pensión de vejez y no es posible declarar la ineficacia del traslado cuando se trata de un pensionado* (ver contestación folios 3 a 25, archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda. Aduce que en el caso de la demandante las AFP OLD MUTUAL y PORVENIR desarrollaron las tareas tendientes a que se le suministrara la información conforme a la normatividad vigente al momento del traslado, situación que -dice- no fue desvirtuada por la parte actora. Además, asevera que el acto jurídico se dio sin ningún vicio del consentimiento, y por el contrario, fue libre y voluntario. Advierte que la demandante está inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para trasladarse al régimen de prima media, debido a que cuenta con 61 años. Como excepciones de fondo formuló las de *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 2 a 12, archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones con fundamento en que la demandante ya no tiene la calidad de afiliada al Sistema General de Pensiones pues se pensionó desde el año 2017, razón por la cual no es viable acceder a lo pretendido. Adicionalmente, sostiene que la afiliación de la demandante con esa sociedad se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, lo que se prueba con el formulario de vinculación, *documento público* en el que se hizo la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito:

EXP. 16 2020 0265 02
Nelly Pastora Soriano Ávila contra Colpensiones y otro.

prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (ver contestación folios 2 a 38 archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de marzo de 2023, mediante la cual el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas. Para tomar su decisión, explicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia y concluyó que, si bien no se logró establecer una debida y adecuada información al inicio de su vinculación, también resultó probado que la demandante, desde el año 2017, adquirió el estatus de pensional por lo que de conformidad con los nuevos lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es posible acceder al estudio de la declaratoria de ineficacia del traslado, por las implicaciones que genera esta situación jurídica consolidada.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIA S.A y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la demandante, señora NELLY PASTORA SORIANO ÁVILA identificada con cédula de ciudadanía No. 41.772.792. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación que alegaron las demandadas, y por el resultado de la Litis, se abstiene el despacho del pronunciamiento sobre las demás excepciones propuestas. TERCERO: SE CONDENA en costas de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el valor de \$200.000 como monto de las agencias en derecho, en favor de cada una de las demandadas”* (Audiencia virtual, récord 1:43:00, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSULTA

Por ser esta providencia totalmente desfavorable a la demandante y no haberse interpuesto recurso de apelación, se remitió al Tribunal para que se

EXP. 16 2020 0265 02
Nelly Pastora Soriano Ávila contra Colpensiones y otro.

surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del C.P.T. y la S.S. que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

EXP. 16 2020 0265 02
Nelly Pastora Soriano Ávila contra Colpensiones y otro.

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 37¹ años de edad y había cotizado 750² semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 11 años, 9 meses y 29 días³) y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 60 años de edad- ver folio 35 archivo 01 y archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia), de hecho, tenía el carácter de pensionada del RAIS.

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},

¹ Nació el 19 de agosto de 1959.

² Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES e historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y crédito público, folio 42 del archivo 01 y folio 616 archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia.

³ Ibidem.

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

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

EXP. 16 2020 0265 02
Nelly Pastora Soriano Ávila contra Colpensiones y otro.

según el cual los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

Más recientemente esa misma Corporación, en la sentencia SL373-2021, recogió de forma explícita las tesis jurisprudenciales que había expresado con anterioridad frente a pensionados que solicitaban anulación de su traslado, y señaló que NO procede la declaración de ineficacia cuando quien la reclama ya está pensionado en el RAIS. Dijo la Corte para el efecto, que: *“la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...) No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”* (ver SL 373-2021, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el caso bajo estudio según lo informó la demandante y se advierte de las pruebas aportadas por PORVENIR (folios 124 a 127, 140 a 163, 164 a 166 del archivo 12 del expediente digital), a ella le fue otorgada pensión de vejez en la modalidad de retiro programado a partir del 1 de septiembre de 2017, en cuantía inicial de \$2.471.159, hecho sobre el cual no se planteó controversia.

Así pues, es claro que la actora ostenta la condición de pensionada.

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

EXP. 16 2020 0265 02
Nelly Pastora Soriano Ávila contra Colpensiones y otro.

En consecuencia y acatando el cambio jurisprudencial referido antes -vigente en la fecha de esta sentencia-, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, pero por las razones aquí expuestas, advirtiendo, que en el presente asunto no existen un conflicto sobre la aplicación de normas vigentes sino de tesis jurisprudenciales elaboradas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, y que el Tribunal está aplicando la actual y vigente en la cual se subsume, sin duda alguna, la situación que plantea la demanda.

No habrá lugar a pronunciarse acerca de la eventual indemnización de perjuicios *materiales*, pues los mismos no fueron planteados en la demanda y, en consecuencia, no fueron objeto de debate, de la fijación del litigio, ni de pronunciamiento en primera instancia⁶.

⁶ Ver Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencias SL4028-2017, SL9013-2017, SL2980-2021, SL5290-2021, entre otras. En SL2010-2019 M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, señaló la Corte: “(...), el legislador se ha valido de varios institutos procesales tendientes a delimitar el marco de la discusión y a desarrollar un proceso plenamente congruente y dotado de sentido. (...) en el curso de la primera instancia, una vez trabada la relación jurídico procesal, el juez debe fijar el litigio (artículo 77 del CPTSS), que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate, igual que los quedan fuera del mismo, por haber sido admitidos o abandonados por las partes (Ver CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 25844, CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, CSJ SL9318-2016).

(...).

(...), sobre el recurrente pesa la carga de exponer y clarificar los motivos de su inconformidad, además de «...sustentar en forma más o menos detallada las razones con las que procura se le conceda su aspiración...» (CSJ SL7220-2016), sin necesidad, eso sí, de acudir a fórmulas sacramentales, de manera que un recurso ordinario se convierta en extraordinario (CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 34215, CSJ SL13179-2015, CSJ SL818-2018, entre otras).

Esa carga de sustentación, vale la pena resaltarla, debe respetar un marco de coherencia general, trazado por el objeto del proceso previamente delineado en la instancia, y un marco de coherencia especial, definido por las decisiones y motivaciones de la decisión que se impugna. (...) el recurrente tiene que ser fiel con el marco del proceso y de la decisión a la que se refiere, aclarando cuáles son los puntos materia de su inconformidad y las razones que tiene para ello. (...).

(...).

(...), el legislador propende por un proceso laboral dinámico y coherente, de manera que en todas las instancias, inclusive en sede del recurso extraordinario de casación, se respeten los contornos y límites de la discusión proyectada desde cuando se traba la relación jurídico procesal y no se instaure una especie de foro abierto en el que sea posible desarrollar cualquier tipo de discurso o plantear cualquier tipo de disputa. (...).

(...).

(...) al Tribunal le resulta forzoso resolver sobre las materias propuestas en el recurso de alzada, de manera que entre el objeto de la impugnación y lo resuelto exista una relación de correspondencia. Como también ya se analizó en precedencia, ello no implica que el juzgador de segundo grado esté atado a los argumentos del apelante o a la calificación jurídica que de los hechos promueva, no obstante lo cual, en términos generales, sí debe guardarle fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en las instancias, «...sin que pueda, entonces, entrar a controvertir, reestudiar o modificar aquellos aspectos de la providencia que no fueron discutidos por los interesados...» (CSJ SL, 17 mar. 2009, rad. 31350)”.

EXP. 16 2020 0265 02
Nelly Pastora Soriano Ávila contra Colpensiones y otro.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 19 2019 00602 01
Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JORGE ARTURO RAMOS VALENZUELA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 24 de febrero del 2023 por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JORGE ARTURO RAMOS VALENZUELA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se ordene a PROTECCIÓN y COLPENSIONES *legalizar* su traslado al RPM. En consecuencia, pide que se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación y actualizar su historia laboral y a PROTECCIÓN trasladar

EXP. 19 2019 00602 01

Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y demás valores existentes en la cuenta de ahorro individual. De manera subsidiaria pide que se declare la ineficacia de la afiliación de CAJANAL a PORVENIR, sin solución de continuidad. Como fundamento de sus pretensiones afirma que se afilió y cotizó como trabajador al extinto ISS entre el 17 de noviembre de 1988 y el 31 de octubre de 1989, se vinculó a la Procuraduría General de la Nación entre el 5 de noviembre de 1990 y el 9 de febrero de 2004 lapso en el cual realizó aportes a CAJANAL, la AFP PORVENIR, COLMENA, AFP SANTANDER, AFP ING, AFP PROTECCIÓN. Aduce que cuando se afilio a PORVENIR la asesoría careció de información suficiente, clara y estricta sobre la trascendencia y consecuencias futuras del cambio de régimen. Solicitó el traslado antes de cumplir los 52 años y no recibió una respuesta oportuna y de fondo, y esa misma petición fue negada en una oportunidad posterior por encontrarse a menos de 10 años de adquirir el derecho a la pensión (ver demanda archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PORVENIR S.A se opuso a las pretensiones con fundamento en que la afiliación del demandante al RAIS es válida por lo que considera no hay lugar a activar la afiliación en el RPM ni devolver suma alguna a Colpensiones. Afirma que el traslado se dio de forma libre, espontanea, sin precisiones y completamente informada conforme a la normatividad vigente para la fecha de traslado. Señala que el desconocimiento de la ley no es excusa y que no ocurrió vicio alguno del consentimiento. En su defensa propuso las excepciones de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y buena fe (ver contestación folios 1 a 27 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S. A, se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el demandante se encuentra dentro de la limitante de traslado del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 por contar con 58

años de edad. Indica que la afiliación es válida y eficaz pues se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, tras haber recibido una asesoría adecuada, suficiente y oportuna por parte de la AFP cumpliendo con todos los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Asegura que no existe algún vicio del consentimiento o ineficacia en la configuración del acto jurídico y que la favorabilidad de la mesada no es un argumento válido. Sostiene que no hay lugar a ordenar el traslado de los aportes pues estos hacen parte del capital para financiar la mesada pensional en el RAIS. Presentó 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 de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y por qué afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica*. (ver contestación folios 1 a 25 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda. Afirma que en el expediente no se aporta prueba alguna que demuestre que al demandante se le hizo incurrir en error o que existe algún vicio del consentimiento, ni de inconformidad alguna con el RAIS. Por el contrario, afirma, las documentales dan cuenta que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria. Advierte que el demandante no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no es posible su traslado de régimen. En su defensa propuso las excepciones que denominó *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la*

EXP. 19 2019 00602 01
Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

genérica.(ver contestación folios 1 a 45 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante auto de fecha 29 de junio de 2021, y en atención a la solicitud de PORVENIR S.A., se ordenó la vinculación de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP como litisconsorte necesario (archivo No. 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Corrido el traslado para la UGPP, contestó también la demanda. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la entidad no es administradora de un fondo pensional. Indica que, revisadas las certificaciones en cabeza de la entidad, se evidenció que no existe un expediente del demandante en el extinto ISS, ni en CAJANAL. Advierte que la UGPP no tiene la obligación de realizar traslados y en caso de que se pretenda la entrega de un bono pensional es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien lo emite. Propuso como excepciones de fondo las que denominó *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y prescripción de las mesadas*. (ver contestación folios 1 a 8 del archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de febrero de 2023, mediante la cual la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado del señor JORGE ARTURO

EXP. 19 2019 00602 01

Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

RAMOS VALENZUELA identificado con la cédula 10. 543.653 al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR realizado el 18 de julio del 96, conforme lo considerado en la parte motiva de esta decisión .SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al aquí demandante al régimen de prima media con prestación definida que administra hoy la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES desde el 17 de noviembre del 88 hasta la actualidad como si nunca se hubiese trasladado y siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida conforme lo expuesto en la parte motiva de la providencia. TERCERO: CONDENAR al fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN con NIT 800 .138. 188-1 AFP que le administra actualmente los aportes al demandante como a la sociedad administradora del fondo de pensiones y cesantías PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la aquí demandante como son cotizaciones, aportes adicionales, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y también el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y las comisiones y sin descontarse los gastos de administración con destino a la ADMINISTRATIVA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES conforme lo expuesto en la parte motiva de la providencia sumas debidamente indexadas y COLPENSIONES le existe la obligación de recibir estas sumas y aceptar el traslado. CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deben ser discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás e información relevante que los justifique se le requiere entonces a COLPENSIONES para que proceda actualizar la historia laboral la parte demandante una vez se efectúen los correspondientes traslados. QUINTO: ABSOLVER a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP de las pretensiones incoadas en su contra. SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones ya expuestas. SÉPTIMO: Se condena en costas a la demandada PORVENIR en favor del demandante

EXP. 19 2019 00602 01

Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

para que sean trazadas por la secretaría del despacho y OCTAVO: EN caso de que no sea apelada esta decisión se ordena remitir el expediente al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral a fin de que revise en grado jurisdiccional de consulta teniendo en cuenta que la decisión es adversa a los intereses de COLPENSIONES y por la naturaleza de esta. .” (Audiencia virtual, récord 34:18, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, su apoderado afirma que para aplicar el precedente de la Corte Suprema de justicia debe existir similitud en las condiciones fácticas, situación que no encuentra acreditada por haberse dado en este caso el traslado de manera informada, sin presiones, ni apremios conforme a la normatividad vigente para el año 1996. Asegura que no es válido alegar la ignorancia de la ley cuando el demandante es un profesional en derecho y en cualquier momento pudo validar la información que se encontraba establecida en la Ley 100 de 1993. Indica que conforme las condiciones fácticas y jurídicas del traslado inicial, además con los posteriores traslados horizontales, está demostrado que la intención del demandante era permanecer en el RAIS. Señala que no es procedente el traslado de los rendimientos, gastos de administración, ni el porcentaje destinado a las primas de seguro previsional al haberse destinado estos valores a las finalidades señaladas en la Ley, ni tampoco a la indexación pues implicaría una doble condena a cargo de la AFP¹ (Audiencia virtual, récord 37:09, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer y sustentar mi recursos ordinario de apelación en ese sentido para que el Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor demandante y de todas y cada una de las condenas que estuvieron en contra de Porvenir conforme a las siguientes consideraciones: En primer lugar, debe advertirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable Corte Suprema de Justicia también esta misma alta corporación ha indicado que el precedente no se puede aplicar de manera homogénea e indiscriminada a todos los procesos donde se solicita la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información en efecto de existir similitud en las condiciones fácticas de cada caso situación que para mí representada no se ve en el presente asunto pues válidamente quedo demostrado en el plenario que el señor demandante realizo su traslado de régimen pensional de una manera informada, sin presiones o apremio todo de conformidad con la normatividad vigente para el año 96. Ahora bien con independencia de la información

EXP. 19 2019 00602 01

Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado sostiene que, de acuerdo al reporte histórico y al interrogatorio de parte practicado al demandante, nunca estuvo afiliado al ISS o a Colpensiones por lo que la ineficacia resulta inoponible frente a la entidad al ser un tercero de buena fe. Asegura que de las diferentes afiliaciones del demandante a PORVENIR y PROTECCIÓN se puede deducir que su voluntad era permanecer en un fondo privado. Solicita que, en caso de ser confirmado el fallo de primera instancia, se ordene a la AFP reintegrar la totalidad de las cotizaciones debidamente indexadas²

otorgada para el momento del traslado las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, se encuentran establecidas en la ley 100 de 1993 por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido, la información otorgada por parte de mi representada máxime señores magistrados estamos hablando de un profesional en derecho con especialización en derecho penal en la cual no puede argumentarse o esgrimirse de ninguna manera la ignorancia de la ley frente a la excusada de la misma. En efecto su señoría cabe señalarse que frente a las condiciones profesionales o académicas que ostentaba el señor demandante en el juicio le permitían dictaminar si realmente era su intención seguir vinculando en el régimen de ahorro individual o permanecer o devolverse al régimen de prima media, sin embargo esto no aconteció como quiera que el señor demandante frente a su convicción y frente a sus situaciones fácticas y jurídicas que ostentaba la persona al momento del traslado como sus posteriores trabajadores horizontales decidió permanecer en el régimen de ahorro individual a realizar los múltiples traslados horizontales en ese sentido teniendo en cuenta lo señalado anteriormente no existen razones fácticas o jurídicas que permitan establecer la declaratoria de ineficacia del acto jurídico. Ahora bien en relación con los rendimientos y la devolución de los mismos debe señalarse que de ser declarado ineficaz y trasladar efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que se dan como rendimientos deben corresponder a los que se han generado en la reserva del instituto de seguros sociales hoy Colpensiones y no los que se han generado en el régimen de ahorro individual pues no tiene sentido que si el traslado al RAIS surtió un efecto legal se obliga a trasladar los rendimientos propios de este régimen, en el mismo orden de ideas tampoco es procedente que la administradora deba restituirlas o más que se pagó por concepto de gasto administración sumas de seguro previsional o cualquier otro monumento como quiera que fueron debidamente erogadas en virtud de lo que establece el artículo 20 y siguientes de la ley 100 del año 1993, de tal suerte señor magistrados que esas sumas fueron son más fueron debidamente invertidas en la forma en la que exige la ley y no se encuentran ya en el poder de mi representada. Ahora bien en cuanto a la devolución de los emolumentos indexados debe tenerse en cuenta que está incurriendo en una doble condena Porvenir en efecto véase que en el fallo está obligando el reintegro de los rendimientos de tal manera de que se deseen regresar estos últimos valores que son dineros actuales no pueden entonces generar la entrega de dineros también indexada ya que esto generaría una actualización de la moneda corriente generando una doble condena por el mismo concepto tal y como ha sido reseñado por la honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Finalmente lo que corresponde a las agencias en derecho debe desestimarse dicha condena como quiera que Porvenir no podía rechazar la voluntariedad de afiliación del señor demandante al fondo privado en el año 96, en consecuencia el fondo siempre actuó de manera diligente, buena fe frente a su deber de información asesoría y logística de la administración de los recursos pensionales por todo lo anterior dejo presentado mi recurso ordinario de apelación a usted agradeciendo el uso de la palabra, Muchas gracias.

² “Gracias señora juez estando dentro del término oportuno y legal me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia preferida por su despacho parcialmente para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral revoque las condenas impuestas a mi representada y en su lugar se absuelva a la misma teniendo en cuenta no debe declararse

EXP. 19 2019 00602 01

Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

(Audiencia virtual, récord 41:23, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

la afiliación a la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones del demandante toda vez que lo que busca esta clase de procesos de ineficacia de traslado es volver a que las cosas vuelvan a su estado inicial y siendo así pues el demandante nunca estaba afiliado al instituto de seguros sociales ni a Colpensiones según el reporte histórico y lo manifestado por el demandante en el interrogatorio parte mi representada no es la encargada de asumir la afiliación del demandante porque nunca ha estado afiliado ni al ISS ni a Colpensiones en el presente caso tenemos que el demandante registra semanas de cotización a la caja de previsión social CAJANAL cuyos aportes fueron realizados en el tiempo que estuvo afiliado a esto para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el primero abril del 94, el demandante pues no se encontraba afiliado al instituto de seguro sociales hoy administrado esos aportes por Colpensiones, en consecuencia la ineficacia o nulidad resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como es el caso de Colpensiones. Ahora bien, no debe declararse la ineficacia del régimen de prima media al RAIS ni declarar la afiliación administradora colombiana de pensiones- Colpensiones en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido sino que produjo efecto jurídicos tanto que el demandante efectuó aportes al fondo privado y adquiriendo obligaciones por lo que no es posible derivar obligaciones hoy en día a mi representada y pues teniendo en cuenta como lo dijo el anterior abogado el demandante hizo varias afiliaciones a Porvenir a Protección por lo que deduce que pues quería estar en el fondo privado o que uno u otro fondo le ofrecía mejores beneficios. Ahora bien en caso de confirmar la sentencia proferida el día de hoy solicito al honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral en caso de confirmar, ordenar a la AFP reintegrar la totalidad de cotizaciones es decir los recursos de cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, según se advierte o según se puede aplicar en las sentencias SL 8 de septiembre del 2008 radicado 31989, SL 17595 del 2017, SL 4989/2018, SL 1421 del 2019 radicado 56 174 debidamente indexada por la anterior señoría solicitó conceder el recurso y a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá en su sala laboral que sean considerados estos argumentos en consecuencia sean revocadas condenas impuestas a mi representada una vez me corra traslado el tribunal ampliare el recurso sobre los puntos ya mencionados, muchas gracias.”

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 35³ años de edad y había cotizado 49.86⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 11 meses, 3 días⁵), y para la fecha de presentación

³ Nació el 7 de mayo de 1961.

⁴ Ver historia laboral expedida por Colpensiones, folio 42 archivo 01 del expediente digital.

⁵ *Ibidem*.

EXP. 19 2019 00602 01

Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 58 años de edad -ver archivo 3 y folio 40 del archivo 1 del expediente digital-).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media en este momento. No obstante, se demostró también que el demandante radicó petición de traslado el 27 de diciembre de 2012⁶ fecha para la cual le faltaban más de 10 años “*para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*”⁷ y había permanecido en el régimen de ahorro individual por más de 5 años⁸, petición que le fue negada por COLPENSIONES⁹ sin razones válidas pues no se encontraba incurso en ese momento en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. De esta situación resulta clara la voluntad de traslado para retornar al Régimen de Prima Media, retorno que el Tribunal avalará.

Aunque lo dicho resulta suficiente para decidir como ya se anunció, el demandante también se encuentra inmerso en los criterios definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, esa Corporación estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la

⁶ ver página 76 a 80 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital.

⁷ Tenía 51 años de edad –ver página 40 archivo No. 01 del expediente digital.

⁸ Su última afiliación válida al RAIS fue el 18 de julio de 1995.

⁹ “*Tenemos el agrado de informarle que una vez revisado el estado de su Vinculación al Sistema General de Pensiones se pudo determinar que usted está Afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, razón por la cual no es procedente registrar su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestacion definida administrado por Colpensiones*” Página 84 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital.

jurisdicción ^{10,11}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

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

¹⁰ 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”.

¹¹ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 19 2019 00602 01

Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica,*

EXP. 19 2019 00602 01

Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según ilustró, en su lugar de trabajo le indicaron que los fondos públicos se iban a acabar por lo que lo mejor opción era trasladarse a un fondo privado donde podría pensionarse antes, además de que su pensión era heredable pero no le explicaron con mayor detalle las características, ventajas, desventajas, ni condiciones para pensionarse en el RAIS.(Audiencia virtual del 5 de septiembre de 2022, récord 20:48).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

El traslado debe efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó el Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y estableció que *“las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley”*. El Decreto 2527 de 2000, establece además, que las Cajas, Fondos, o entidades públicas, continúan reconociendo o pagando pensiones, *“mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes*

EXP. 19 2019 00602 01

Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de PORVENIR. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida 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 los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993¹² los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

¹² *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 19 2019 00602 01

Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 19 2019 00602 01

Jorge Arturo Ramos Valenzuela contra Colpensiones y otros.

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

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 19 2021 00082 01
Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA PATRICIA HERNÁNDEZ MARTÍNEZ
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2022 por la Juez (19) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA PATRICIA HERNÁNDEZ MARTÍNEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad y/o ineficacia* de su afiliación al régimen de ahorro individual efectuado a PROTECCIÓN S.A. en junio de 1999 con fundamento en que no se le informó acerca de las condiciones y

EXP. 19 2021 00082 01

Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, tampoco sobre las características propias de ese régimen y la diferencia con el régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se establezca que la única afiliación válida es la efectuada al ISS hoy COLPENSIONES y se ordene a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en su cuenta de ahorro individual (ver demanda folios 1 a 10 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PORVENIR S.A. se opuso únicamente a las pretensiones que procuran la imposición de condena en costas y la declaratoria de derechos ultra y extra petita. Frente a las demás no se opuso, ni se allanó afirmando que no intervino en el traslado de régimen, simplemente actuó como un tercero de buena fe que recibió a la demandante como consecuencia de un traslado horizontal por cumplir los requisitos para ello conforme lo establece el artículo 112 de la Ley 100 de 1993. Además –dice- la parte actora ya no se encuentra afiliada a esa administradora desde el 31 de marzo de 2012. En todo caso, argumenta que el traslado de régimen de la demandante es completamente válido pues cumplió con los requisitos normativos y no existe algún vicio u omisión que lo invalide. Indica que el deber de información también le es exigible a la afiliada quien contó con varias oportunidades para revertir el traslado, pero no lo hizo. Como excepciones de mérito propuso *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y buena fe (ver contestación folios 1 a 22 archivo del 03 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda que involucran a esa entidad, en especial a que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado. Afirma que el traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se demuestra con el formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó de forma libre y espontánea en los términos del artículo

EXP. 19 2021 00082 01

Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

11 del Decreto 692 de 1994. Sostiene que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no es causal de nulidad pues la fórmula está contemplada en la Ley 100 de 1993. Advierte que la demandante actualmente se encuentra inmersa en la prohibición legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, al estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Presentó como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre actos relacionamiento al caso concreto y la genérica* (ver contestación folios 1 a 20 archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que al expediente no se aporta prueba que dé cuenta de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o en algún vicio del consentimiento, por el contrario, de los documentos se advierte que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin constreñimientos o presiones indebidas. Indica que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. En su defensa propuso las excepciones que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la nulidad, saneamiento de la nulidad alegada* y la genérica (ver contestación folios 1 a 37 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de diciembre de 2022, mediante la cual la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá,

EXP. 19 2021 00082 01

Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

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

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARTHA PATRICIA HERNÁNDEZ MARTÍNEZ identificada con la cédula número 51.935.593 del régimen de prima media con prestación definida que administra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN con NIT 800. 138. 188 – 1, que se efectuó el 11 de mayo de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante MARTHA PATRICIA HERNÁNDEZ MARTÍNEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES desde el 3 de marzo de 1992 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado y siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia. TERCERO: CONDENAR a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN que es la AFP que le administra actualmente los aportes a la demandante y también a la AFP PORVENIR a que se devuelva a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la aquí demandante como son cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluyendo intereses y las comisiones y sin descontarse*

EXP. 19 2021 00082 01

Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

los gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, sumas debidamente indexadas y a COLPENSIONES le asiste la obligación de recibir dichas sumas y aceptar el traslado. CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deben ser discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique y por lo tanto se requiere también a COLPENSIONES para que proceda en su momento a actualizar la historia laboral de la aquí demandante. QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones que han sido incoadas en su contra. SEXTO: SIN COSTAS en este instancia y SÉPTIMO: Si no es apelada la presente decisión remítase el expediente al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que allí se surta el grado jurisdiccional de consulta toda vez que la decisión aquí es adversa a los intereses de COLPENSIONES y la calidad que esta entidad tiene” (Audiencia virtual, récord 29:35, archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR asegura que cumplió con todos los deberes que le eran oponibles para la fecha del traslado, siendo únicamente exigible el formulario de afiliación. Además, afirma que la información sobre las características, ventajas y desventajas del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante como consumidora financiera tenía el deber de validar la información brindada. Señala que no hay lugar a entregar los rendimientos por no ser consecuente con los efectos de la ineficacia, y en dado caso, deberían corresponder a los que se hubieren generado de estar afiliada a COLPENSIONES; tampoco a devolver las primas de seguro previsional porque estas sumas se encuentran en poder de la aseguradora que cubrió la contingencia, ni a indexar los valores objeto de devolución porque la pérdida de poder adquisitivo se compensa con los rendimientos causados¹ (Audiencia virtual, récord 35:15, archivo No. 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia acá notificada para que sea la sala laboral del tribunal superior de Bogotá quien estudie y revoque las condenas

EXP. 19 2021 00082 01

Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

COLPENSIONES en el recurso, afirma que la demandante tenía conocimiento de la existencia de los fondos privados y del fondo público debido a los traslados que realizó entre estos, por lo que no evidencia algún vicio del consentimiento o nulidad. Adicionalmente señala que la demandante sí tenía conocimiento que debía trasladarse a Colpensiones antes de estar

impuestas en contra de mi representada de conformidad con las siguientes razones: Sea en primer lugar que debe advertirse que Porvenir cumplió con los deberes que le eran oponibles para la fecha en que la demandante realizó su traslado horizontal pues vale la pena señalar que para dicha fecha únicamente se hacía exigible a los fondos privados la suscripción del formulario de vinculación luego de una asesoría verbal formulario que exterioriza la voluntad del afiliado y libre escogencia de la demandante de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993. Igualmente debe decirse que con independencia de la información otorgada al momento del traslado las condiciones características, ventajas y desventajas del RAIS, se encontraban establecidas en la ley antes citada por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada. Por otro lado téngase en cuenta que la demandante igualmente como consumidora financiera también contaba con deberes como por ejemplo actuar con mediana diligencia lo cual supone que la actora tuviera conocimiento por lo menos el acto jurídico que estaba realizando para poder así precisar las consecuencias de la decisión tanto de trasladarse de régimen como de administradora privada, así mismo respecto de la condena el traslado de rendimientos debe señalarse que ser declarada ineficaz el traslado de régimen y en consecuencia de los demás traslados ante las administradoras privadas el efecto natural de dicha declaratoria implicaría dejar la afiliación como si nunca se hubiera surtido luego trasladar los rendimientos que se generaron en el RAIS no tendría sentido pues si el traslado no surtió ningún efecto legal no es consecuente condenar a trasladar los rendimientos propios de este régimen por lo que la condena desbordaría los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado. Igualmente en consonancia que Porvenir ha actuado como un agente oficioso involuntario en los términos establecidos en los artículos 2304 y 2310 del código civil en cuanto creyendo administrar su propia actividad administró los negocios de otros es decir para este caso el manejo de los aportes de un afiliado al declararse la ineficacia del acto Porvenir termina entregando unos rendimientos superiores a los que habrían tenido los aportes en Colpensiones, luego esa agencia oficiosa involuntaria debe dar únicamente debe dar lugar únicamente al traslado a Colpensiones de los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esa entidad en ese mismo orden de ideas tampoco es procedente que las administradoras deben restituir las sumas que pagó por concepto de primas de seguros provisionales por cuanto ya no están en su poder sino en la compañía aseguradora que se contrató para cubrirla para sí para cubrir dicha contingencia y que dichas sumas adicionales no son necesarias para financiar la prestación que por mandato legal así lo requieren y que el afiliado se encontró adicionalmente amparado durante la vinculación con esta administradora respecto de esos riesgos, respecto de la condena impuesta de indexación se manifiesta que las inversiones macroeconómicas realizadas con los aportes hechos por la actora como ya se dijo anteriormente generan valores adicionales para la cuenta de ahorro individual denominadas rendimientos, luego esta actividad asegura que en el transcurso del tiempo el dinero consignado en la cuenta de la actora no pierdan su poder adquisitivo por lo tanto trasladar los valores indexados generaría una doble actualización de la cuenta de ahorro individual. Igualmente es importante indicar que no resulta procedente condenar a Porvenir a la indexación de gastos de administración y sumas provisionales como quiera que de por sí ya se está condenando en primera instancia el reintegro de los rendimientos y por lo tanto el hecho de trasladar dichos rubros ya de por sí le permite a Colpensiones dar un cubrimiento total e íntegro al reconocimiento pensional sin ningún tipo de dificultad de conformidad con los puntos acá expuestos dejó sustentado mi recurso de apelación, Muchas gracias.”

EXP. 19 2021 00082 01

Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

inmersa en la prohibición y, sin embargo, no lo hizo (Audiencia virtual, récord 32:15, archivo No. 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).²

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

² “Gracias su señoría una vez escuchada la sentencia proferida por este despacho de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la providencia dictada con el fin de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral verifique la decisión tomada en primera instancia y en su lugar absuelva a mi representada esto es a la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones fundamentándome en lo siguiente como bien se ha manifestado y como bien se indicó en el fallo se evidencia que la parte demandante esto quiere decir la señora Martha Patricia tenía pleno conocimiento de la existencia de los fondos privados y de un fondo público tanto es así que perteneció tanto a protección como Porvenir con cambio en 1999 y en el 2001 como bien lo manifestó este despacho hizo nuevamente un nuevo traslado dando a concluir y no generando ninguna duda de carácter razonable que la aquí demandante si tenía conocimiento del régimen privado de la administradora privada y que tenía conocimiento también de Colpensiones que en este caso es la administradora de los recursos públicos es por ende su señoría que logramos evidenciar que efectivamente los traslados que hizo en su momento la parte demandante el primero de mayo 1999 no recae ningún vicio ninguna nulidad fue de manera voluntaria propia y expedita tanto así que para el 2001 nuevamente realizó un nuevo cambio de manera voluntaria a un nuevo fondo administrador privado teniendo la oportunidad en ese momento de hacer el cambio al actual Colpensiones también manifestó ella en su relato que sí tenía el conocimiento previo de hacer el cambio a Colpensiones años previos a su pensión que si tenían conocimiento de que tenía que hacer dicho trámite pero que no lo hizo en el momento adecuado es por ende que no podemos indicar no podemos manifestarle este despacho que no tenía un conocimiento de la ley en donde se indicara que ella tenía dicho derecho si bien aquí las administradoras privadas quizás no cumplieron con el deber de informar los 10 años antes que tenía la señora para hacer el cambio la misma ha manifestado y ha indicado y pues para esta apoderada ha confesado que tenía la información correspondiente para hacer el cambio de traslado del régimen 10 años antes del cumplimiento de su pensión Sin embargo a voluntad de ella misma no lo realizó es por eso su señoría que solicito de manera muy respetuosa se indique y se dé trámite a este recurso de apelación toda vez que no estamos dentro de un desconocimiento de los requisitos y trámites que tenía que hacer la parte demandante sino como viene lo indicó tenía conocimiento de lo mismo señora juez en estos términos dejo sentados mi recursos de apelación gracias.”

EXP. 19 2021 00082 01

Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 29³ años de edad y había cotizado 359.71⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994)

³ Nació el 20 de octubre de 1969, folio 11 del archivo 02.

⁴ Ver historia laboral expedida por PROTECCIÓN e historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda válida para bono pensional, folios 25 a 30 y 61 a 63 del archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia.

EXP. 19 2021 00082 01

Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

no tenía 15 años de servicio (tenía 2 años 1 mes⁵) y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 51 años de edad- ver folio 11 del archivo 02 y folio 19 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶, ⁷. Para la Corte, los jueces deben declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

⁵ Ibídem e historia laboral expedida por COLPENSIONES folios 12 a 15 archivo 02.

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

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

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

EXP. 19 2021 00082 01

Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. no

EXP. 19 2021 00082 01

Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, le indicaron que el ISS iba a desaparecer por lo que para no perder sus aportes debía afiliarse a un fondo privado, sin recibir algún tipo de asesoría por parte de la entidad sobre el funcionamiento del RAIS (Audiencia virtual del 13 de diciembre de 2022, archivo 09 del expediente digital, récord 17:16).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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,

EXP. 19 2021 00082 01

Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

rendimientos, gastos de administración ración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo esta y de PORVENIR, debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

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

EXP. 19 2021 00082 01

Martha Patricia Hernández Martínez contra Colpensiones y otros.

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 20 2022 00415 01

Oscar Alberto Pérez Medina contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE OSCAR ALBERTO PÉREZ MEDINA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANATÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en su favor, la sentencia dictada el 27 de abril de 2023 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OSCAR ALBERTO PÉREZ MEDINA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual generado por la afiliación a la administradora de fondos de pensiones y cesantías SANTANDER (hoy PROTECCIÓN S.A.) en el mes de septiembre de 1994. Afirma que el asesor comercial no le brindó

EXP. 20 2022 00415 01

Oscar Alberto Pérez Medina contra Colpensiones y otro.

información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPM como en el RAIS, en especial, no se hizo un estudio de su situación particular, y se le ilustró solamente sobre beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional. En consecuencia, pide que se *retrotraigan las cosas a su estado anterior*, se ordene a COLPENSIONES tenerlo como su afiliado en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiere traslado, se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver todos los aportes efectuados, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración a COLPENSIONES y a esta última, que actualice su historia laboral (ver demanda folios 4 a 10, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas contestaron la demanda a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, con fundamento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, sin constreñimiento o presión indebida, conclusión a la que arriba de los elementos de prueba que se aportan al juicio pues ninguno permite acreditar la configuración de la falta al deber de información por parte de la AFP. Además, dice, no existe ninguna anotación de la que se pueda inferir *con probabilidad de certeza* que hubo alguna inconformidad por parte del demandante. Asegura que en este asunto no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 200 y no procede el traslado de conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En su defensa 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 administradoras de seguridad social del orden público, y la*

EXP. 20 2022 00415 01

Oscar Alberto Pérez Medina contra Colpensiones y otro.

innominada o genérica (folios 3 a 38 archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., se opuso también a todas las pretensiones de la demanda que involucren a esa entidad y, en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del demandante, por cuanto -a su juicio- nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata del formulario de afiliación suscrito por el demandante en forma libre y espontánea en el año 1994, con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y generó derechos y obligaciones, y que desvirtúa cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues cumple con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y respeta el derecho a la libre selección consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Advierte que la diferencia que pueda existir en el valor de una mesada pensional en el RAIS o en el RPM no lleva a concluir que hubo un engaño al momento del traslado pues no era posible fácticamente predecir esa circunstancia, aunado a que la forma como se liquida la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual no hace nula o ineficaz la afiliación pues dicha fórmula está consagrada en la Ley. Refiere que el actor está a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, razón por la cual no puede trasladarse de régimen. Propuso en su defensa, las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*, y la genérica (ver contestación folios 4 a 25 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 20 2022 00415 01

Oscar Alberto Pérez Medina contra Colpensiones y otro.

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de abril de 2023, mediante la cual el Juez Veinte (20) 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 jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PROTECCIÓN no cumplió con el deber de información, caracterizado por la entrega de elementos suficientes y necesarios sobre las características, modalidades, desventajas y la forma como se calcula el monto de la pensión, que permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual efectuado por el señor OSCAR ALBERTO PÉREZ MEDINA afiliándose a PROTECCIÓN S.A. el 03 de agosto de 1994 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN, como actual fondo pensional del demandante, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de OSCAR ALBERTO PÉREZ MEDINA junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 3 SMLMV, pagaderos a cuota parte. SEXTO: Sea o no apelada la presente decisión, remítase el proceso al Tribunal Superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”* (Audiencia virtual, récord 1:11:46 archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES afirma que en la sentencia no se tuvieron en cuenta las características mínimas que la Corte Constitucional ha establecido debe tener un afiliado para acceder a una ineficacia, ni atendió el principio de sostenibilidad financiera. Además, indica que no es posible aplicar las reglas fijadas por la Corte Suprema de Justicia para todos los casos, y que no se probó la existencia de algún vicio de su voluntad¹ (Audiencia virtual, récord 1:14:11 archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias su señoría, encontrándome en esta oportunidad que me otorga el despacho me permito interponer y sustentar recurso de alzada para que el mismo sea estudiado y evaluado por el tribunal superior del Distrito judicial Sala Laboral de la ciudad de Bogotá basándome o cobijándome mejor en primera medida de la no reformatio in pejus y se hace esta manifestación por cuanto se ha visto en algunas salas del Tribunal que por el hecho de interponer el recurso de apelación se le condena a mi prohijada a más costas de las que son condenadas en primera instancia entonces como soy el único apelante en esta diligencia no se le pueden poner circunstancia alguna distinta que agrave su situación y estamos hablando de un rubro o de un capital de las cuales pues no había vocación alguna a hacer o imponer condena en casos favorables en segunda instancia por el mismo una vez superado entonces esta etapa con el respeto que amerita el juzgador en primera instancia al cual agradezco en suma media por el planteamiento que nos ha expuesto el día de hoy es un planteamiento que si bien se supedita sobre las égidas de la Corte Suprema de Justicia son circunstancias que con el mayor de los respetos este apoderado se aparta en su totalidad de los criterios por el mismo y para dar a entender los elementos por los cuales me aparto de esta posición de primera instancia tengo que abocar dos elementos de manera metodológica cuatro elementos discúlpenme: El primero lo que podríamos entender como esa obiter dicta del fallo en primera instancia de los elementos constitutivos propios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y cómo la misma resulta ser pacífica desde el año 2008 por el hecho que una jurisprudencia o que una posición se reitere de manera consecutiva no significa que algo esté bien no significa que planteamiento cumpla con todas las necesidades propias se debe hacer lo anterior por cuanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene unos vacíos de índole constitucional y de orden económico la ley el derecho no es solamente ley y derecho la ley derecho se compone de otros elementos propios del conocimiento para llegar a los actividades óptimas o así lo entiende el Tribunal Superior de Alemania en sus en sus providencias tenemos que entonces tener en consideración que la Corte Suprema de Justicia habla sobre la pura y simple aplicación de ineficacia en temas en que las partes aluden no haber tenido información pero este elemento no es tan pacífico dentro de un ordenamiento jurídico si lo miramos propio dentro estado social de derecho propugnado por la constitución política del 91 y bajo esas egidas dogmáticas propias de antigüedad que son aplicadas el día de hoy lo que está mal llamado esa pirámide de Kelsen la Constitución está en su Cúspide y la jurisprudencia no puede llegar siquiera a socavar la constitución. Entonces si lo miramos bajo esa actividades el despacho en primera instancia no hizo mención o no hizo hincapié sobre la línea jurisprudencial ya

decantada por la corte constitucional no se hace referencia sobre características mínimas que tiene que tener afiliados para poder acceder a un ineficacia y entonces acá tenemos que tener una primera circunstancias de elementos si tenemos dos jurisprudencia que son tan contrarias porque el despacho en primera instancia un exclusivamente se acoge la de Corte Suprema de Justicia bien podría hacer referencia que por jerarquía y actividades propias de la jurisdicción ordinaria es el que manda pero si lo miramos incluso por la sentencia constitucional 6611 del año 2010- 2011 no reconoce se me escapa la fecha de la corte constitucional nos habla que en caso existir discrepancias entre las altas cortes se tiene es que es una obligación del operador judicial se tiene que tomar de manera preferente Corte Constitucional no la Corte Suprema de Justicia aquí entonces si se hace manifestación sobre existe la Corte Suprema Pues debe existir una motivación suficiente clara y expresa el operador judicial en primera instancia al mencionar el por qué entonces solamente escoge la Corte Suprema porque no escoge la corte constitucional por qué no hace una mención sobre las actividades propias constitucional como es primero el debido proceso segundo la defensa técnica tercero el derecho a la seguridad social que lo tenemos que tener considerado no como un elemento puro del articulado 48 de la Constitución Política sino como un elemento programático como un derecho programario actividades se debe tener consideración que no solamente se pretende obedecer la constitucionalización o la garantía propia que tienen los afiliados de una de un ejercicio propio del sistema de la seguridad social sino que el mismo tiene que ser un principio constitucional traído con el acto legislativo 01 del 2005 sostenibilidad financiera porque es que no es beneficiar señor Óscar no es beneficiar a cualquier afiliado es beneficiar la comunidad y dentro de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia se considera prácticamente que los afiliados por retorna su capital ya se encuentra el sistema subsanado no es que no estamos hablando un sistema de capital Colpensiones es un sistema de reparto y aquí lo que estamos haciendo es una mutación de carácter jurisprudencial estamos modificando que la ley y bajo las actividades propias de la tri división de poderes no encontraríamos ningún sustento para ello, bien hizo el despacho en primera instancia hacer mención sobre una línea jurisprudenciales en las cuales se supeditó a las cuales se basa en otra de la SL 2929 del 18 de mayo del 2022, la 1008 del año 2022 incisión entonces está la jurisprudencia entre las otras en las cuales se supedita o las cuales instaura o encuentra fundamento el despacho en primera instancia para la emisión del fallo tenemos que entonces tener características o por lo menos indicar que de dicha jurisprudencia no resulta siquiera parecida al caso en concreto estamos hablando entre las 2929 del año 2022 una zona que claramente tiene un régimen de transición tenía más de 33 tenía más de 30 años tenía más de 750 semanas para el año para para los años en los cuales estamos nosotros predicados cómo podemos entonces el señor Oscar ni siquiera estaba cerca a un elemento de estos estamos hablando de la 1008 del año 2022 en la que la parte demandante claramente hacía manifestación sobre las diferencias de capital de un de una pensión una petición anticipada sino una pensión propia vitalicia de los afiliados en que podemos comparar o en que podemos acompasar esos elementos dentro de un sentido estricto formal o siquiera un poco más amplio como lo que las formas en que podemos aplicar la jurisprudencia en las cuales el despacho es deber del operador judicial en primera instancia por lo menos de indicar en qué puede operar o cómo hace el sentido de la jurisprudencia en caso de aplicación en ese caso observa simplemente se enuncia no jurisprudencia que habla ineficacia y sobre las consecuencias negativas pero es que los casos no son equiparables y si vamos a hacer una aplicación analógica lo mínimo que se debe esperar dentro de ese sistema legal es que exista una correlación directa de hechos no es fundamentos el tercer el segundo elemento hablamos sobre las

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*

actividades propias en el entendido del debate probatorio en las que el despacho en primera instancia nos hizo mención que la parte actora no incurrió bajo esos elementos del artículo 191 del código general del proceso esta es la confesión pero en esta caso se hace la manifestación hacia qué parte o confesión hace qué elemento es la que el despacho en primera instancia no alude porque la parte actora sí se hace un acompañamiento bajo el principio de consonancia entre el escrito de la contestación de la demanda presentada por Colpensiones, el escrito de la demanda de la parte actora no podemos mirarlo como elementos aislados manifiestan no existir elementos constitutivos por el caso particular de la parte actora entre los elementos del sistema la seguridad social en ningún momento se encuentra en ningún tipo de afectación o se le puede dar un alcance propio de su dicho que no configure bajo los elementos como representados en los en el acápite de fundamentos y derechos fundamentales y razones de derecho de la defensa de Colpensiones el dicho de la parte actora difiere en cuanto no se está acreditando un vicio o un elemento que realmente la parte actuara pudiese ejercer no su voluntad sino su voluntariedad entonces frente a lo demás me tendré que supeditar a los argumentos que serán presentados en el escrito de los alegatos siempre y cuando pues el despacho en primera instancia considere que lo que se hizo hasta esta etapa cumple con los requisitos mínimos de la ley adjetiva para considerar fundamentado estos alegatos Muchísimas gracias.”

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 30² años de edad y había cotizado 333,29³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 5 años, 11 meses y 26 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para

² Nació el 30 de octubre de 1963, folio 12 archivo 01.

³ Ver historia laboral expedida por Colpensiones y PROTECCIÓN, páginas 20 a 37 y 38 archivo 01 del expediente digital.

⁴ *Ibidem*.

EXP. 20 2022 00415 01

Oscar Alberto Pérez Medina contra Colpensiones y otro.

acceder al derecho pensional (tenía 58 años de edad, páginas 12 y 115 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶. Según. dicho precedente, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

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

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".*

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

EXP. 20 2022 00415 01

Oscar Alberto Pérez Medina contra Colpensiones y otro.

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según dijo, en una reunión grupal que tardó aproximadamente 15 minutos, les expresaron la situación por la que se encontraba atravesando el ISS, que iba a desaparecer, y les mencionaron que su mejor alternativa era pasarse al fondo el cual tenían mayor seguridad y en el que podrían pensionarse anticipadamente, pero nada le indicaron sobre las características propias del régimen al que se estaba afiliando como la rentabilidad de los aportes, la posibilidad de heredar los recursos de la cuenta de ahorro individual, entre otros (ver archivo 11 del expediente digital, récord 17:30).

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,*

EXP. 20 2022 00415 01

Oscar Alberto Pérez Medina contra Colpensiones y otro.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, si los hubiere pero, en virtud de la consulta, se adicionará para ordenar a esa administradora que proceda a la devolución de los gastos de administración y montos de los seguros previsionales generados durante la afiliación (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

EXP. 20 2022 00415 01

Oscar Alberto Pérez Medina contra Colpensiones y otro.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** al numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PROTERCCIÓN S.A. devolver los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 20 2022 00415 01
Oscar Alberto Pérez Medina contra Colpensiones y otro.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 21 2022 00327 01
María Patricia Ocaña Montufar vs. Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARIA PATRICIA OCAÑA MONTUFAR
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 25 de abril de 2023 por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá por la cual 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

Mediante apoderado, MARÍA PATRICIA OCAÑA MONTUFAR presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y las SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., para que, con los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual ocurrido con la afiliación a COLMENA (hoy PROTECCIÓN) en el año 1996, y de los traslados subsiguientes dentro del mismo régimen. Aduce que no se le brindó

EXP. 21 2022 00327 01

María Patricia Ocaña Montufar vs. Colpensiones y otro.

información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes, ni se hizo un estudio de su situación particular. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR anular su afiliación en el RAIS y devolver al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, y se ordene a esta última activar su afiliación en el RMP y cargar correctamente las semanas trasladadas dentro de su historia laboral (ver demanda archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante pretende desconocer que su afiliación con esa administradora en el año 2000 se dio de manera libre, espontánea y sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, lo que se evidencia de su solicitud de vinculación, documento *público* en el que se hizo la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, y que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el párrafo del artículo 54 del C.P.T., por lo que no es posible acceder a la ineficacia a la que alude el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Aduce que no existen actos atentatorios contra el derecho de afiliación al Sistema de Seguridad Social o que hubieran impedido dicho derecho. Asegura que no hay lugar a la devolución del capital ni de los rendimientos, porque la vinculación tiene plenos efectos y, de declararse la ineficacia, estos serían los únicos valores que deben trasladarse a COLPENSIONES pues cumplió con su obligación de administrar la cuenta de ahorro individual de afiliado y, gracias a esa gestión, la demandante alcanzó rendimientos del 21%. En su defensa propuso como excepciones de mérito: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y

la genérica (ver contestación folios 1 a 27 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A, se opuso igualmente al éxito de las pretensiones de la demanda. Afirma que al momento de la afiliación con ese fondo de pensiones, a la demandante se le brindó una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS como lo son: la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual donde se depositan mes a mes sus aportes pensionales, los cuales generan una rentabilidad de acuerdo con el comportamiento del mercado y el perfil de riesgo de cada afiliado, capital a partir del cual se define la pensión; la posibilidad de heredar dicho capital a falta de beneficiarios; la figura de la garantía de pensión mínima; la posibilidad de realizar aportes voluntarios y de pensionarse anticipadamente siempre que cuente con un capital que permita financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente, y las diferencias que existen con el régimen de prima media. En ese sentido, dice, nos encontramos ante un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se prueba con el formulario de afiliación que la demandante suscribió, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y que generó derechos y obligaciones en cabeza de ambas. Sostiene que no puede predicarse engaño a partir del valor de la mesada pensional que le correspondería en el RAIS porque la forma en que esta se liquida está consagrada legalmente. Propuso como excepciones de fondo las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes a otra*

EXP. 21 2022 00327 01
María Patricia Ocaña Montufar vs. Colpensiones y otro.

administradora de fondos de pensiones y la genérica (ver contestación folios 3 a 20 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a las pretensiones de la demanda. Aduce que al expediente no se aporta prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hiciera incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento; tampoco encuentra nota de protesto o anotación alguna que permita inferir que hubo una inconformidad por parte de la demandante con el RAIS y, por el contrario, se constata que su afiliación fue libre y voluntaria. Advierte que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y tampoco procedería su traslado conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones las que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (ver contestación folios 3 a 35 archivo 08 del expediente digital trámite de primera instancia).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de abril de 2023, mediante la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLMENA (hoy PROTECCIÓN) no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información clara, suficiente y oportuna sobre las características, condiciones, características y diferencias de cada uno de los regímenes pensionales, que

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

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARÍA PATRICIA OCAÑA MONTUFAR al régimen de ahorro individual el 15 de noviembre de 1996 con fecha de efectividad el 16 de noviembre de la misma anualidad a través de COLMENA AIG HOY PROTECCIÓN S.A., quedando por la ineficacia también los traslados realizados con posterioridad a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora MARÍA PATRICIA OCAÑA MONTUFAR por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el nacimiento del acto ineficaz y durante el tiempo de permanencia de ésta con dicho fondo con cargo a sus propios recursos y utilidades. TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. -ultimo fondo al que se encuentra afiliada actualmente la demandante a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la demandante tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA PATRICIA OCAÑA MONTUFAR. Para ello se concede el término de un mes*

EXP. 21 2022 00327 01
María Patricia Ocaña Montufar vs. Colpensiones y otro.

siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en motiva de esta providencia. SEXTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a las demandadas y a favor de la parte actora. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A. y la suma de \$300.000 a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., para cada una de ellas. SÉPTIMO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en favor de los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente” (Audiencia virtual, récord 1:06:39, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, reitera que la demandante realizó su traslado de manera libre, voluntaria y sin presiones indebidas en cumplimiento de las solemnidades legales respectivas. Con relación al deber de información sostiene que es imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del formulario de afiliación por cuanto, para el año 1996, no era obligatorio dejar un registro documental de la asesoría brindada, y que, en todo caso, este deber en realidad surgió con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015. De confirmarse la sentencia, pide que se condicione el cumplimiento de sus obligaciones a la devolución de todas las sumas por parte de las AFP, y se le exonere del pago de las costas por no

EXP. 21 2022 00327 01

María Patricia Ocaña Montufar vs. Colpensiones y otro.

haber participado en el acto ineficaz¹ (Audiencia virtual, récord 1:10:17, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de PORVENIR, pide que se revoque la orden de devolver las sumas indexadas, ello debido a que la rentabilidad mínima de los aportes es un concepto excluyente e incompatible con la indexación pues los rendimientos compensan la pérdida del poder adquisitivo del dinero de la

¹ “Su señoría, siendo esta la oportunidad procesal pertinente de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá para que revoque en su totalidad la sentencia acabada de proferir pues es evidente que la demandante realizó su traslado al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria sin presiones indebidas en cumplimiento de las solemnidades legales respecto a la carga de la prueba y al deber de información primero es de tener en cuenta que en este caso la más afectada es Colpensiones y esto a la sostenibilidad del sistema pensional máximo cuanto la afiliación se dio para el año de 1996 queriendo decir esto que han transcurrido aproximadamente 20 años a la fecha configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo, aunque pues el presidente de la Corte Suprema de Justicia utiliza como norma del deber de información el Decreto 663 de 1993 sin embargo este deber solo se materializó a través de la ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 de 2015 pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento escrito en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre voluntario sin presiones e informado por cuanto las leyes surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigía nada diferente al documento de afiliación donde costaba la plena intención de querer pertenecer al RAIS siendo el caso de la señora demandante la cual suscribió el formulario realizó el respectivo traslado para el año 1996 también debe analizarse si la presunta falta de información se produce un efecto cierto adverso como es el caso de la pérdida del régimen transición pensional o bien se trata de una situación donde el afiliado pensional como es el caso de la señora demandante encuentran en clase de acciones la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido al buscar ignorar las normas que regulan de manera clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes siendo claro que su último alcance de protección y el alcance de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Por último de manera subsidiaria en caso de no acogerse a los argumentos expuestos por mi representada y en consecuencia la sala confirma la Providencia objeto de alzada solicito condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo a la devolución del total de las sumas de la cuenta de ahorro individual de la demandante como lo son las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados a seguros previsionales y gastos de administración y los demás a que haya lugar debidamente indexados por el tiempo que permaneció la demandante en el fondo privado como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP nos reintegre los recursos. En igual sentido solicito a los honorables magistrados no se condene en costas a mi representada toda vez que no participo en el acto ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado al ser un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones. En este sentido dejo sustentado mi recurso de alzada solicitando a los honorables magistrados se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las órdenes y condenas impartidas en su contra”

EXP. 21 2022 00327 01

María Patricia Ocaña Montufar vs. Colpensiones y otro.

cuenta de ahorro individual² (Audiencia virtual, récord 1:13:53, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de

² “Gracias señora Juez de manera respetuosa presento recurso de apelación parcial frente al numeral tercero de la sentencia más específicamente frente a la orden que se le da a mi representada de devolver las sumas debidamente indexadas este recurso lo sustento de la siguientes argumentos: En la sentencia SL 9313 del 29 de julio de 2016 se precisó que la indexación es “ Es la actualización de la moneda para contrarrestar la devolución de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía”. En este orden de ideas teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS está la de garantizar la rentabilidad mínima de los aportes de sus afiliados, resulta excluyente y incompatible ordenar la indexación pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación por el contrario se le ha generado rendimientos muy superiores a los que se garantizan en el régimen de prima media al respecto el Tribunal Superior de Cali dentro del proceso con radicado 2022 562 en sentencia del pasado 20 de enero del año en curso indico “Respecto a la indexación la sala considera que no hay lugar a dicha imposición toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado de los emolumentos a retornar” Luego ordenar que Porvenir indexe cualquier suma dinero sin duda es imponer una doble sanción sin que resulte necesario realizar alguna operación matemática los rendimientos financieros obtenidos por la gestión de mi representada desde el momento en que celebro el acto jurídico supera con creces la pérdida del poder adquisitivo de los aportes de la demandada por esta razón señores magistrados es que solicito de manera respetuosa que se revoque la orden que se le da a mi representada de devolver las sumas debidamente indexadas en ese orden de ideas dejo presentado mi recuro de apelación. Muchas gracias”

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 32³ años de edad y había cotizado 11,71⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (no aparece ninguna semana cotizada a esa

³ Nació el 15 de marzo de 1964

⁴ Ver historia laboral expedida por Colpensiones, folio 29 archivo 01 del expediente digital.

EXP. 21 2022 00327 01

María Patricia Ocaña Montufar vs. Colpensiones y otro.

fecha, su afiliación a COLPENSIONES se produjo el 16 de julio de 1996)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda había superado la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 58 años de edad- ver folio 14 del archivo 01 y archivo 02 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶, ⁷. Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

⁵ *Ibidem* e historia laboral expedida por COLPENSIONES folios 3 a 7, archivo 06 del expediente digital.

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

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

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

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

EXP. 21 2022 00327 01
María Patricia Ocaña Montufar vs. Colpensiones y otro.

forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, en el año 1996 fue abordada por un asesor de COLMENA en su sitio de trabajo, quien en una reunión corta le indicó que el Seguro Social se iba a acabar y que con ellos iba a tener una mejor pensión, pero nunca le explicaron el funcionamiento del RAIS (audiencia virtual del 25 de abril de 2023, récord 13:27).

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 un *“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*

EXP. 21 2022 00327 01

María Patricia Ocaña Montufar vs. Colpensiones y otro.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluidos los rendimientos generados, así como los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional debidamente indexado a cargo de aquella y de PROTECCIÓN 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 1993⁸, 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”.*

EXP. 21 2022 00327 01
María Patricia Ocaña Montufar vs. Colpensiones y otro.

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

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dicha entidad en el caso bajo estudio (ver contestación archivo 09). Finalmente, carece de objeto la petición realizada por esa entidad de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de la AFP, porque la parte resolutive de la decisión de primera instancia así lo estableció.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

EXP. 21 2022 00327 01
María Patricia Ocaña Montufar vs. Colpensiones y otro.

3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 24 2018 00679 01

Oscar Orlando Carvajal Hernández vs la Compañía de Servicios de Administración -
SERDAN S.A

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OSCAR ORLANDO CARVAJAL
HERNÁNDEZ CONTRA LA COMPAÑÍA DE SERVICIOS DE
ADMINISTRACIÓN – SERDAN S.A.**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia dictada el 21 de marzo de 2023 por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de todas pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se procuraba el reintegro por estabilidad laboral reforzada en razón de la salud del demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OSCAR ORLANDO CARVAJAL HERNÁNDEZ presentó demanda contra LA COMPAÑÍA DE SERVICIOS DE ADMINISTRACIÓN – SERDAN S.A. para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene el reintegro a su cargo o a uno compatible con su estado de salud y a las recomendaciones laborales, con el pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, además de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la indexación de las sumas que le sean reconocidas.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 2 de octubre de 2008 ingresó a trabajar con EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA. en el cargo de segundo vendedor de los productos producidos por la INDUSTRIA

EXP. 24 2018 00679 01

Oscar Orlando Carvajal Hernández vs la Compañía de Servicios de Administración - SERDAN S.A

NACIONAL DE GASEOSAS S.A. con último salario devengado de \$647.550. Sostiene que sufrió un accidente de trabajo el 27 de julio de 2009 al ser aprisionado su brazo izquierdo por un camión de reparto con *fractura compleja en el codo izquierdo, fractura de cubito proximal, fractura compleja de cúpula radial y lesión en el nervio radial*, evento que fue informado a la administradora de riesgos laborales AXA COLPATRIA. A raíz de ese accidente requirió prótesis de la *cúpula radial y osteosíntesis de olecranon* por lo que le fueron asignadas otras funciones, como auxiliar administrativo, entrega de dotaciones, acompañamiento a recursos humanos en eventos y mensajería. Señala que el 29 de marzo de 2010 la A.R.P. Colpatría profirió dictamen de pérdida de capacidad laboral en el que asignó una PCL del 11.75%. Sostiene que su estado de salud siguió deteriorándose y que a la fecha tiene consulta permanente con fisiatra de la ARL Colpatría para que lo medique y pueda controlar sus permanentes dolencias. Indica que en marzo de 2015 EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA fue absorbida por SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S. A – SERDAN, y que el 12 de agosto de 2015 la empresa tomo la decisión de terminar unilateralmente el contrato de trabajo sin tener en cuenta su estado de salud, ni lo ordenado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Asegura que debido a sus antecedentes clínicos no ha logrado conseguir trabajo en otra empresa (ver demanda folios 1 a 5 del archivo No. 003 del expediente digital).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por SERDAN S.A. mediante apoderado, quien aceptó los hechos relacionados con el dictamen de PCL emitido por la ARL y el salario. Se opuso a las pretensiones informando que a pesar de que el vínculo comercial entre SERDAN S.A. y la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS finalizó el 30 de mayo de 2013 por decisión unilateral de esta última, esa demandada mantuvo vigente el contrato del demandante por más dos años y lo relevó de la prestación del servicio con el fin de *propender por la recuperación del accionante en razón de la condición médica que para la época ostentaba*, lapso en el cual éste se rehusó a realizar cualquier labor, por lo que después de varias citaciones a proceso disciplinario se vio obligada a terminar el contrato de trabajo con el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, a pesar de tratarse de un contrato por obra o labor. Afirma

EXP. 24 2018 00679 01

Oscar Orlando Carvajal Hernández vs la Compañía de Servicios de Administración -
SERDAN S.A

que la finalización del contrato de trabajo no tuvo relación alguna con el estado de salud del demandante y que conforme a la jurisprudencia no es acreedor de la estabilidad laboral reforzada por estado de salud. Asegura que al terminarse el contrato con o sin justa causa se dejan de causar los salarios, cesantías, primas y vacaciones por lo que en efecto tampoco hay sumas a reconocer e indexar. En su defensa propuso las excepciones de *prescripción, eficacia y validez del despido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mí representada, buena fe de la empresa SERDAN S. A, no limitación del demandante al momento de la terminación del contrato laboral, no relación de causalidad entre la terminación del contrato laboral y el estado de salud del accionante, el accionante no es sujeto a la aplicación de la ley 361 de 1997, no distinción del actor por su estado de salud, no ser acreedor el accionante a la estabilidad ocupacional reforzada, cobro de lo no debido, errónea interpretación de las normas legales, compensación y la genérica.* (Folios 2 al 48, archivo No. 26 del expediente digital, trámite de primera instancia.)

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de marzo del 2023, por medio de la cual la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, NEGÓ las pretensiones de la demanda y condenó al demandante a pagar las costas del proceso. Para tomar su decisión la Juez no encontró probada una discapacidad del demandante superior al 15% para el momento del despido, de lo cual concluyó que no era un sujeto de especial protección constitucional por estabilidad reforzada.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor OSCAR ORLANDO CARVAJAL y SERDAN S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 23 de julio de 2009 hasta el 12 de agosto de 2015, siendo el último salario percibido por el demandante la suma de \$647,550, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas: “eficacia y validez del estado de salud del accionante; el accionante no es sujeto de aplicación de la Ley 361 de 1997; no discriminación del actor por su estado de salud; no ser acreedor el accionante a la estabilidad laboral; cobro de lo no debido”, conforme a lo*

EXP. 24 2018 00679 01

Oscar Orlando Carvajal Hernández vs la Compañía de Servicios de Administración -
SERDAN S.A

motivado. TERCERO: ABSOLVER a SERDAN S.A. de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra por el señor OSCAR ORLANDO CARVAJAL, conforme a lo motivado, dentro del presente proceso. CUARTO: CONDENAR en costas al señor OSCAR ORLANDO CARVAJAL, liquídense por secretaría incluyendo el valor de las agencias de derecho la suma de \$100.000. QUINTO: CONSULTAR la presente decisión ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a favor del demandante OSCAR ORLANDO CARVAJAL, en el evento que no se interponga recurso de apelación contra la presente sentencia.” (Audiencia virtual, archivo No. 36 del expediente digital, minuto 41:45)

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 23 de julio de 2009 hasta el 12 de agosto de 2015, con un último salario básico de \$647.550; (ii) que el vínculo terminó por decisión unilateral sin justa causa por parte del empleador, con el pago de la indemnización correspondiente (ver página 13 archivo 005 y página 110 archivo 29); (iii) que mediante dictamen para determinación de la pérdida de capacidad laboral emitido por la ARL AXA COLPATRIA el 29 de marzo de 2010, se asignó una PCL del 11.75%,

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

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

EXP. 24 2018 00679 01

Oscar Orlando Carvajal Hernández vs la Compañía de Servicios de Administración -
SERDAN S.A

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

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

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

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

EXP. 24 2018 00679 01

Oscar Orlando Carvajal Hernández vs la Compañía de Servicios de Administración -
SERDAN S.A

sistema competitivo laboral que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997.

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

Otorgar estabilidad reforzada a trabajadores que sufren limitaciones mínimas en la discapacidad, o a personas cuyo contrato termina por causas diferentes a esa incapacidad, traería un efecto contrario al pretendido por la Ley y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues las cargas adicionales que deban afrontar los empleadores que vinculen personas con discapacidad implicaría para estas personas, en la práctica, menores posibilidades de acceso a los empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

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

Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra que el empleador conocía la pérdida de capacidad o de una situación de debilidad manifiesta en el trabajador. Tal presunción se puede desvirtuar por el

EXP. 24 2018 00679 01

Oscar Orlando Carvajal Hernández vs la Compañía de Servicios de Administración -
SERDAN S.A

empleador, si aporta prueba que demuestre la existencia de otras causas eficientes de terminación del contrato de trabajo³.

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

Al respecto es claro que, si bien el demandante se encuentra calificado por la ARL AXA COLPATRIA mediante dictamen del 29 de marzo de 2010 con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 11.75%, también se probó con la historia clínica y el concepto médico emitido por AXA COLPATRIA el 8 de agosto de 2014 (ver página 33 archivo 29) que bien podía realizar las actividades propias de su cargo, o cualquiera otra de las mismas características *teniendo en cuenta las precauciones universales para el desarrollo del trabajo, que incluyen no sobrepasar los 15 kilogramos de peso*. No tenía recomendaciones especiales al momento del despido (folios 14 a 17 y folio 37 a 50 del archivo 05 del expediente digital) ni se encontraba en licencia por incapacidad temporal, pues la última incorporada a estas diligencias de fecha 1 de junio de 2015 se emitió por un (1) día por enfermedad general (folio 36 del archivo 29 del expediente digital).

La demandada demostró que atendió las limitaciones de salud que en el pasado distante sufrió el demandante reasignándole funciones y manteniendo vigente el contrato pese a que la oferta mercantil con INDEGA había concluido (contrato OFOPS-0000478, ver páginas 10 y 11, 107 archivo 29). Desde el 30 de mayo de 2013, cuando finalizó la oferta mercantil con INDEGA, atendió las recomendaciones médicas (comunicación de fecha 2 de

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

EXP. 24 2018 00679 01

Oscar Orlando Carvajal Hernández vs la Compañía de Servicios de Administración - SERDAN S.A

mayo de 2013 EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS) incluso le relevó temporalmente de la obligación de prestar el servicio hasta el 26 de diciembre de 2013 cuando le informó que debía presentarse a laborar ajustando las funciones (ver página 69 y 70 archivo 29) reubicándolo en labores de auxiliar administrativo (ver página 75 a 78 archivo 29).

Con ello se demostró que lejos de actuar en contravía de algún derecho del demandante, la sociedad demandada, como empleador, garantizó todas las prestaciones a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud hasta que alcanzó la recuperación y mantuvo el contrato durante más de dos años (hasta el año 2015). Dice la Corte en la sentencia antes referida (SL1152-2023): *“Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. (...)”*, que es lo que, precisamente, se deduce de las pruebas aportadas.

Aunado a ello, según se desprende del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo con SERDAN S.A. éste ha tenido vinculaciones laborales con las empresas CINCO ACCIONES Y SERVICIOS -contratos cortos entre 2018 y 2021- y ACCIÓN PLUS -en el año 2021-, situación que contradice los hechos plasmados en el escrito de demanda y desvirtúa la limitación cierta y relevante en su estado de salud que impidiera o limitara su reinserción en el mercado laboral.

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

Sin costas en la consulta.

EXP. 24 2018 00679 01

Oscar Orlando Carvajal Hernández vs la Compañía de Servicios de Administración -
SERDAN S.A

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE RAFAEL MEZA BENÍTEZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 24 de abril de 2023 por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a la demandada a pagar indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, RAFAEL MEZA BENÍTEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca y pague indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debidamente indexada.

Como fundamento de lo pedido afirma que laboró en empresas del sector privado, y cotizó al ISS, hoy COLPENSIONES, un total de 1.058,57 semanas. De forma *alterna* laboró para el magisterio como docente oficial, entidad que mediante Resolución No. 1505 del 11 de marzo de 2015 le reconoció pensión de jubilación. Asegura que solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pero esta le fue negada mediante Resoluciones SUB 62986 y DPE 5544 del 16 de mayo de 2022 (ver

demanda, folios 5 a 13 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda a través de apoderado judicial. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que el demandante adquirió el estatus de pensionado del magisterio el 5 de octubre de 2014, esto es, después de la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992 -18 de mayo de 1992-, por lo que, de conformidad con concepto BZ 2016_11520676 del 28 de septiembre de 2016 expedido por esa entidad, la pensión de jubilación que percibe a cargo del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG es incompatible con la prestación por vejez que reclama. Propuso como excepciones de mérito las que denominó *inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica* (ver contestación folios 2 a 17 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de abril de 2023, mediante la cual la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar al demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la indexación. Para tomar su decisión, concluyó que la pensión de jubilación reconocida al actor por parte del magisterio resulta compatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que otorga el Sistema General de Pensiones, porque los aportes que allí se consignaron no son recursos públicos.

La parte resolutive de dicha decisión tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR que el señor RAFAEL MEZA BENÍTEZ identificado con la cedula de ciudadanía 19.442.546 tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por los aportes realizados a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, a pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez*

al señor RAFAEL MEZA BENÍTEZ identificado con la cedula de ciudadanía 19.442.546, por los periodos cotizados a dicha entidad, por valor de \$67.845.232, suma que deberá ser indexada al momento de su pago. TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la entidad demandada incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. CUARTO: De no ser apelada la sentencia por parte de COLPENSIONES CONSULTARSE con el Honorable Tribunal Superior del Bogotá.” (Audiencia virtual, archivo 011 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 19:21).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia que mediante Resolución No. 1505 del 11 de marzo de 2015, la Secretaria de Educación de Bogotá -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- reconoció pensión vitalicia de jubilación al demandante, a partir del 6 de octubre de 2014, en cuantía inicial de \$2.102.571, por la prestación de servicios como docente de vinculación distrital (folios 95 a 99 del archivo 01, expediente digital, trámite de primera instancia).

El Tribunal debe definir (artículo 69 del CPTSS) si procede o no el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.

Para resolver lo que corresponde, se debe recordar que el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó 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, advirtiendo clara y perentoriamente que las prestaciones a cargo de dicho Fondo son *“compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*. En los términos de la norma referida, 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.

Sobre la materia se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con radicado No. 40848 del 6 de diciembre de 2011, criterio reiterado en las sentencias SL1968-2022, SL4271-2022 y SL1127-2022¹, en las que estima que los reglamentos del ISS no limitaron la obligación de los empleadores de afiliar al Sistema de pensiones a docentes que presten servicios en centros educativos de carácter particular; por el contrario, estos servidores son afiliados *forzosos* del sistema, y por ello bien pueden causar las pensiones que nacen de sus aportes. Advirtió la Corte que los pagos efectuados por el ISS a sus afiliados no son asignaciones del tesoro público². Sobre esto último resulta particularmente claro el artículo 13 literal m) de la Ley 100 de 1993: *“Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”*.

Revisado el expediente se encuentra que los aportes efectuados por RAFAEL MEZA BENITEZ al Sistema de Pensiones (ISS) corresponden a servicios prestados a instituciones de carácter privado entre el 25 de julio de 1985 y el 30 de junio de 2022 (COLEGIO LISA MEITNER, MORENO SOLER JORGE, CORPORACIÓN UNIVERSIDAD PILOTO DE COLOMBIA, CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE, CORPORACIÓN INTERNACIONAL PARA EL D, CIDE, UNIVERSIDAD ECCI, ESCUELA COLOMBIANA DE CARRERAS INDUSTRIALES, ver archivo 07), y que dichos periodos no tuvieron incidencia

¹ *“De modo que es perfectamente válido que una persona preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial, y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, con la posibilidad de que dichos aportes sean trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de un bono pensional y sin que por ello se genere alguna incompatibilidad entre las prestaciones económicas que cada régimen reconoce (CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013), como sucede en el caso.”*

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 haber la *devolución de saldos* en favor de una persona que percibía pensión de jubilación por la prestación de servicios como docente oficial

en el reconocimiento de la pensión a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que deduce de la resolución mediante la cual le fue reconocida la prestación de jubilación (folios 95 a 99 del archivo 01, expediente digital, trámite de primera instancia).

Se debe advertir que el Acto Legislativo 01 de 2005 no afectó el derecho del demandante, pues el párrafo transitorio No 1³ 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 18 de febrero de 1992, según consta en la Resolución que le reconoció la pensión (folios 95 a 99, archivo 01).

En este orden de ideas y dado que el derecho prestacional que el demandante reclama es compatible con la pensión de jubilación que recibe del FOMAG, 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 indemnización sustitutiva de la pensión de vejez prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Dicha norma dispone que *“las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”*. Solo están obligadas a reconocer indemnización sustitutiva las administradoras del régimen de prima media cuando el afiliado haya efectuado aportes o cotizaciones al Sistema y no

³ *“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”*

alcance el tiempo de cotización para pensionarse, según lo dispone el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001, modificado por el Decreto 4640 de 2005⁴.

En el caso bajo examen, el demandante cumplió 62 años el 5 de octubre de 2021⁵, sólo cotizó 1.084,14 semanas⁶ (no alcanzó las 1300 mínimas requeridas -artículo 34 de la Ley 100 de 1993-), manifestó ante Colpensiones la imposibilidad de seguir cotizando a pensión⁷ y reportó la novedad de retiro para el ciclo de junio de 2022⁸.

Para tasar el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 establece que *“se aplicará la siguiente formula: $I = SBC \times SC \times PPC$. Dónde: SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”*. Sobre la última variable, y en caso de que con anterioridad a la Ley 100 de 1993 la administradora no manejara separadamente las cotizaciones de riesgos de vejez, invalidez y muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, la misma norma establece que se tomará el 45,45% del total de la cotización efectuada.

⁴ Sentencia dictada el 13 de febrero de 2018, dentro del Expediente No. 2016-00539 promovido por ILDEBRANDO ORJUELA DÍAZ contra la UGPP y COLPENSIONES.

⁵ Nació el 5 de octubre de 1959 (folio 101, archivo 01 del expediente digital).

⁶ Historia Laboral expedida por Colpensiones actualizada al 24 de agosto de 2022, archivo 07.

⁷ Archivo GRP-FSI-AF-2021_13989- 20211123024216, expediente administrativo, archivo 8 del expediente digital.

⁸ Historia Laboral expedida por Colpensiones actualizada al 24 de agosto de 2022, archivo 07.

El Tribunal hizo la liquidación pertinente teniendo la totalidad de semanas cotizadas que figuran en la historia laboral aportada por COLPENSIONES⁹. Además, se actualiza la base de liquidación al año 2022, anualidad en la que se reportó la novedad de retiro y se efectuó la última cotización - la cual se efectúa multiplicando el valor histórico (Rh) por el valor que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a diciembre de 2021) por el índice inicial (vigente a diciembre de la anualidad anterior al periodo cotizado).

OPERACIONES ARITMÉTICAS

IBC	Índice Inicial	Índice Final	IBL Indexado	Salario Diario Indexado	Porcentaje cotización
21.420,00	1,950	111,410	1.223.796,00	\$ 285.552,40	4,83%
21.420,00	1,950	111,410	1.223.796,00	\$ 1.264.589,20	4,83%
21.420,00	1,950	111,410	1.223.796,00	\$ 1.223.796,00	4,83%
21.420,00	1,950	111,410	1.223.796,00	\$ 1.264.589,20	4,83%
21.420,00	1,950	111,410	1.223.796,00	\$ 1.223.796,00	4,83%
30.150,00	2,380	111,410	1.411.349,37	\$ 1.176.124,47	6,50%
30.150,00	2,380	111,410	1.411.349,37	\$ 1.458.394,35	6,50%
30.150,00	2,380	111,410	1.411.349,37	\$ 1.458.394,35	6,50%
30.150,00	2,380	111,410	1.411.349,37	\$ 1.411.349,37	6,50%
30.150,00	2,380	111,410	1.411.349,37	\$ 1.458.394,35	6,50%
30.150,00	2,380	111,410	1.411.349,37	\$ 1.411.349,37	6,50%
39.310,00	2,880	111,410	1.520.669,13	\$ 456.200,74	6,50%
39.310,00	2,880	111,410	1.520.669,13	\$ 1.571.358,10	6,50%
39.310,00	2,880	111,410	1.520.669,13	\$ 1.520.669,13	6,50%
39.310,00	2,880	111,410	1.520.669,13	\$ 1.571.358,10	6,50%
39.310,00	2,880	111,410	1.520.669,13	\$ 1.520.669,13	6,50%
39.310,00	2,880	111,410	1.520.669,13	\$ 1.571.358,10	6,50%
39.310,00	2,880	111,410	1.520.669,13	\$ 1.571.358,10	6,50%
39.310,00	2,880	111,410	1.520.669,13	\$ 1.520.669,13	6,50%
39.310,00	2,880	111,410	1.520.669,13	\$ 1.571.358,10	6,50%
39.310,00	2,880	111,410	1.520.669,13	\$ 1.520.669,13	6,50%
39.310,00	2,880	111,410	1.520.669,13	\$ 1.571.358,10	6,50%
39.310,00	2,880	111,410	1.520.669,13	\$ 1.520.669,13	6,50%
41.040,00	3,580	111,410	1.277.169,39	\$ 510.867,75	6,50%
41.040,00	3,580	111,410	1.277.169,39	\$ 1.319.741,70	6,50%
41.040,00	3,580	111,410	1.277.169,39	\$ 1.277.169,39	6,50%
41.040,00	3,580	111,410	1.277.169,39	\$ 1.319.741,70	6,50%
41.040,00	3,580	111,410	1.277.169,39	\$ 1.277.169,39	6,50%
41.040,00	3,580	111,410	1.277.169,39	\$ 1.319.741,70	6,50%
41.040,00	3,580	111,410	1.277.169,39	\$ 1.319.741,70	6,50%
41.040,00	3,580	111,410	1.277.169,39	\$ 1.277.169,39	6,50%

⁹ Historia Laboral expedida por Colpensiones actualizada al 24 de agosto de 2022, archivo 07.

Exp. 29 2021 00195 01
Rafael Meza Benítez contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

41.040,00	3,580	111,410	1.277.169,39	\$ 1.319.741,70	6,50%
41.040,00	3,580	111,410	1.277.169,39	\$ 1.277.169,39	6,50%
61.950,00	4,580	111,410	1.506.954,04	\$ 351.622,61	6,50%
61.950,00	4,580	111,410	1.506.954,04	\$ 1.557.185,84	6,50%
61.950,00	4,580	111,410	1.506.954,04	\$ 1.506.954,04	6,50%
61.950,00	4,580	111,410	1.506.954,04	\$ 1.557.185,84	6,50%
61.950,00	4,580	111,410	1.506.954,04	\$ 1.506.954,04	6,50%
61.950,00	4,580	111,410	1.506.954,04	\$ 1.557.185,84	6,50%
61.950,00	4,580	111,410	1.506.954,04	\$ 1.557.185,84	6,50%
61.950,00	4,580	111,410	1.506.954,04	\$ 1.506.954,04	6,50%
61.950,00	4,580	111,410	1.506.954,04	\$ 1.557.185,84	6,50%
61.950,00	4,580	111,410	1.506.954,04	\$ 1.506.954,04	6,50%
61.950,00	5,780	111,410	1.194.091,61	\$ 636.848,86	6,50%
61.950,00	5,780	111,410	1.194.091,61	\$ 1.233.894,66	6,50%
61.950,00	5,780	111,410	1.194.091,61	\$ 1.194.091,61	6,50%
61.950,00	5,780	111,410	1.194.091,61	\$ 1.233.894,66	6,50%
61.950,00	5,780	111,410	1.194.091,61	\$ 1.194.091,61	6,50%
61.950,00	5,780	111,410	1.194.091,61	\$ 1.233.894,66	6,50%
61.950,00	5,780	111,410	1.194.091,61	\$ 1.233.894,66	6,50%
61.950,00	5,780	111,410	1.194.091,61	\$ 1.194.091,61	6,50%
61.950,00	5,780	111,410	1.194.091,61	\$ 1.194.091,61	6,50%
61.950,00	5,780	111,410	1.194.091,61	\$ 1.233.894,66	6,50%
61.950,00	5,780	111,410	1.194.091,61	\$ 1.194.091,61	6,50%
70.260,00	7,650	111,410	1.023.224,39	\$ 545.719,68	6,50%
70.260,00	7,650	111,410	1.023.224,39	\$ 1.057.331,87	6,50%
70.260,00	7,650	111,410	1.023.224,39	\$ 1.023.224,39	6,50%
70.260,00	7,650	111,410	1.023.224,39	\$ 1.057.331,87	6,50%
70.260,00	7,650	111,410	1.023.224,39	\$ 1.023.224,39	6,50%
70.260,00	7,650	111,410	1.023.224,39	\$ 1.057.331,87	6,50%
70.260,00	7,650	111,410	1.023.224,39	\$ 1.057.331,87	6,50%
70.260,00	7,650	111,410	1.023.224,39	\$ 1.023.224,39	6,50%
70.260,00	7,650	111,410	1.023.224,39	\$ 1.057.331,87	6,50%
70.260,00	7,650	111,410	1.023.224,39	\$ 1.023.224,39	6,50%
79.290,00	9,700	111,410	910.690,61	\$ 546.414,36	6,88%
79.290,00	9,700	111,410	910.690,61	\$ 941.046,96	6,88%
79.290,00	9,700	111,410	910.690,61	\$ 910.690,61	6,88%
79.290,00	9,700	111,410	910.690,61	\$ 941.046,96	6,88%
79.290,00	9,700	111,410	910.690,61	\$ 910.690,61	6,88%
79.290,00	9,700	111,410	910.690,61	\$ 941.046,96	6,88%
79.290,00	9,700	111,410	910.690,61	\$ 941.046,96	6,88%
79.290,00	9,700	111,410	910.690,61	\$ 910.690,61	6,88%
79.290,00	9,700	111,410	910.690,61	\$ 910.690,61	6,88%
99.630,00	12,140	111,410	914.314,52	\$ 548.588,71	8,00%
99.630,00	12,140	111,410	914.314,52	\$ 944.791,67	8,00%
99.630,00	12,140	111,410	914.314,52	\$ 914.314,52	8,00%
99.630,00	12,140	111,410	914.314,52	\$ 944.791,67	8,00%
99.630,00	12,140	111,410	914.314,52	\$ 914.314,52	8,00%
99.630,00	12,140	111,410	914.314,52	\$ 944.791,67	8,00%
99.630,00	12,140	111,410	914.314,52	\$ 944.791,67	8,00%

Exp. 29 2021 00195 01
Rafael Meza Benítez contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

99.630,00	12,140	111,410	914.314,52	\$ 914.314,52	8,00%
531.000,00	49,830	111,410	1.187.210,72	\$ 1.187.210,72	13,50%
465.000,00	49,830	111,410	1.039.647,80	\$ 1.039.647,80	13,50%
531.000,00	49,830	111,410	1.187.210,72	\$ 1.187.210,72	13,50%
332.000,00	49,830	111,410	742.286,17	\$ 742.286,17	13,50%
332.000,00	49,830	111,410	742.286,17	\$ 742.286,17	13,50%
764.000,00	49,830	111,410	1.708.152,52	\$ 1.708.152,52	13,50%
863.200,00	49,830	111,410	1.929.944,05	\$ 1.929.944,05	13,50%
930.000,00	49,830	111,410	2.079.295,61	\$ 2.079.295,61	13,50%
598.000,00	49,830	111,410	1.337.009,43	\$ 1.337.009,43	13,50%
332.000,00	49,830	111,410	742.286,17	\$ 742.286,17	13,50%
358.000,00	53,070	111,410	751.550,41	\$ 751.550,41	14,50%
572.800,00	53,070	111,410	1.202.480,65	\$ 1.202.480,65	14,50%
1.030.400,00	53,070	111,410	2.163.121,61	\$ 2.163.121,61	14,50%
859.200,00	53,070	111,410	1.803.720,97	\$ 1.803.720,97	14,50%
930.800,00	53,070	111,410	1.954.031,05	\$ 1.954.031,05	14,50%
716.000,00	53,070	111,410	1.503.100,81	\$ 1.503.100,81	14,50%
716.000,00	53,070	111,410	1.503.100,81	\$ 1.503.100,81	14,50%
1.289.000,00	53,070	111,410	2.706.001,32	\$ 2.706.001,32	14,50%
1.325.000,00	53,070	111,410	2.781.576,22	\$ 2.781.576,22	14,50%
1.181.000,00	53,070	111,410	2.479.276,62	\$ 2.479.276,62	14,50%
1.253.000,00	53,070	111,410	2.630.426,42	\$ 2.630.426,42	14,50%
716.000,00	53,070	111,410	1.503.100,81	\$ 1.503.100,81	14,50%
764.000,00	55,990	111,410	1.520.222,18	\$ 1.520.222,18	15,00%
1.299.000,00	55,990	111,410	2.584.775,67	\$ 2.584.775,67	15,00%
1.184.000,00	55,990	111,410	2.355.946,42	\$ 2.355.946,42	15,00%
1.337.000,00	55,990	111,410	2.660.388,82	\$ 2.660.388,82	15,00%
1.261.000,00	55,990	111,410	2.509.162,53	\$ 2.509.162,53	15,00%
764.000,00	55,990	111,410	1.520.222,18	\$ 1.520.222,18	15,00%
764.000,00	55,990	111,410	1.520.222,18	\$ 1.520.222,18	15,00%
1.031.000,00	55,990	111,410	2.051.504,02	\$ 2.051.504,02	15,00%
1.222.000,00	55,990	111,410	2.431.559,56	\$ 2.431.559,56	15,00%
993.000,00	55,990	111,410	1.975.890,87	\$ 1.975.890,87	15,00%
955.000,00	55,990	111,410	1.900.277,73	\$ 1.900.277,73	15,00%
763.500,00	55,990	111,410	1.519.227,27	\$ 1.519.227,27	15,00%
580.333,33	58,700	111,410	1.101.446,96	\$ 1.101.446,96	15,50%
1.360.000,00	58,700	111,410	2.581.219,76	\$ 2.581.219,76	15,50%
1.363.000,00	58,700	111,410	2.586.913,63	\$ 2.586.913,63	15,50%
1.096.000,00	58,700	111,410	2.080.159,45	\$ 2.080.159,45	15,50%
816.000,00	58,700	111,410	1.548.731,86	\$ 1.548.731,86	15,50%
816.000,00	58,700	111,410	1.548.731,86	\$ 1.548.731,86	15,50%
709.000,00	58,700	111,410	1.345.650,60	\$ 1.345.650,60	15,50%
1.325.000,00	58,700	111,410	2.514.791,31	\$ 2.514.791,31	15,50%
1.325.000,00	58,700	111,410	2.514.791,31	\$ 2.514.791,31	15,50%
1.363.000,00	58,700	111,410	2.586.913,63	\$ 2.586.913,63	15,50%
828.000,00	58,700	111,410	1.571.507,33	\$ 1.571.507,33	15,50%
496.666,67	58,700	111,410	942.651,33	\$ 942.651,33	15,50%
821.300,00	61,330	111,410	1.491.945,75	\$ 1.491.945,75	15,50%
1.797.000,00	61,330	111,410	3.264.369,31	\$ 3.264.369,31	15,50%

Exp. 29 2021 00195 01
Rafael Meza Benítez contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

1.733.000,00	61,330	111,410	3.148.109,08	\$ 3.148.109,08	15,50%
1.723.000,00	61,330	111,410	3.129.943,42	\$ 3.129.943,42	15,50%
1.246.000,00	61,330	111,410	2.263.441,38	\$ 2.263.441,38	15,50%
868.000,00	61,330	111,410	1.576.779,39	\$ 1.576.779,39	15,50%
487.000,00	61,330	111,410	884.667,70	\$ 884.667,70	15,50%
1.299.000,00	61,330	111,410	2.359.719,39	\$ 2.359.719,39	15,50%
1.299.000,00	61,330	111,410	2.359.719,39	\$ 2.359.719,39	15,50%
1.462.000,00	61,330	111,410	2.655.819,66	\$ 2.655.819,66	15,50%
568.000,00	61,330	111,410	1.031.809,55	\$ 1.031.809,55	15,50%
434.000,00	61,330	111,410	788.389,70	\$ 788.389,70	15,50%
15.000,00	64,820	111,410	25.781,39	\$ 859,38	16,00%
850.000,00	69,800	111,410	1.356.712,03	\$ 1.356.712,03	16,00%
850.000,00	69,800	111,410	1.356.712,03	\$ 1.356.712,03	16,00%
850.000,00	69,800	111,410	1.356.712,03	\$ 1.356.712,03	16,00%
1.700.000,00	69,800	111,410	2.713.424,07	\$ 2.713.424,07	16,00%
1.700.000,00	69,800	111,410	2.713.424,07	\$ 2.713.424,07	16,00%
1.700.000,00	69,800	111,410	2.713.424,07	\$ 2.713.424,07	16,00%
1.700.000,00	69,800	111,410	2.713.424,07	\$ 2.713.424,07	16,00%
1.700.000,00	71,200	111,410	2.660.070,22	\$ 2.660.070,22	16,00%
1.700.000,00	71,200	111,410	2.660.070,22	\$ 2.660.070,22	16,00%
1.768.000,00	71,200	111,410	2.766.473,03	\$ 2.766.473,03	16,00%
1.768.000,00	71,200	111,410	2.766.473,03	\$ 2.766.473,03	16,00%
1.768.000,00	71,200	111,410	2.766.473,03	\$ 2.766.473,03	16,00%
884.000,00	73,450	111,410	1.340.863,72	\$ 1.340.863,72	16,00%
884.000,00	73,450	111,410	1.340.863,72	\$ 1.340.863,72	16,00%
884.000,00	73,450	111,410	1.340.863,72	\$ 1.340.863,72	16,00%
884.000,00	73,450	111,410	1.340.863,72	\$ 1.340.863,72	16,00%
29.000,00	73,450	111,410	43.987,61	\$ 1.466,25	16,00%
2.204.000,00	73,450	111,410	3.343.058,41	\$ 3.343.058,41	16,00%
1.574.000,00	76,190	111,410	2.301.605,72	\$ 1.918.004,77	16,00%
1.833.000,00	76,190	111,410	2.680.332,46	\$ 2.680.332,46	16,00%
1.999.000,00	76,190	111,410	2.923.068,51	\$ 2.923.068,51	16,00%
442.000,00	76,190	111,410	646.321,30	\$ 150.808,30	16,00%
2.040.000,00	76,190	111,410	2.983.021,39	\$ 2.983.021,39	16,00%
1.583.000,00	76,190	111,410	2.314.766,11	\$ 2.314.766,11	16,00%
2.681.000,00	76,190	111,410	3.920.333,51	\$ 3.920.333,51	16,00%
2.437.000,00	76,190	111,410	3.563.540,75	\$ 3.563.540,75	16,00%
2.281.000,00	78,050	111,410	3.255.941,19	\$ 2.930.347,07	16,00%
2.535.000,00	78,050	111,410	3.618.505,45	\$ 3.618.505,45	16,00%
3.213.000,00	78,050	111,410	4.586.295,07	\$ 4.586.295,07	16,00%
2.535.000,00	78,050	111,410	3.618.505,45	\$ 3.618.505,45	16,00%
2.535.000,00	78,050	111,410	3.618.505,45	\$ 3.618.505,45	16,00%
2.535.000,00	78,050	111,410	3.618.505,45	\$ 3.618.505,45	16,00%
2.712.000,00	78,050	111,410	3.871.158,49	\$ 3.871.158,49	16,00%
2.712.000,00	78,050	111,410	3.871.158,49	\$ 3.871.158,49	16,00%
2.712.000,00	78,050	111,410	3.871.158,49	\$ 3.871.158,49	16,00%
2.712.000,00	78,050	111,410	3.871.158,49	\$ 3.871.158,49	16,00%
2.712.000,00	78,050	111,410	3.871.158,49	\$ 3.871.158,49	16,00%
2.712.000,00	79,560	111,410	3.797.686,27	\$ 3.797.686,27	16,00%

Exp. 29 2021 00195 01
Rafael Meza Benítez contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

3.450.000,00	79,560	111,410	4.831.127,45	\$ 4.831.127,45	16,00%
3.450.000,00	79,560	111,410	4.831.127,45	\$ 4.831.127,45	16,00%
3.450.000,00	79,560	111,410	4.831.127,45	\$ 4.831.127,45	16,00%
3.450.000,00	79,560	111,410	4.831.127,45	\$ 4.831.127,45	16,00%
3.450.000,00	79,560	111,410	4.831.127,45	\$ 4.831.127,45	16,00%
3.450.000,00	79,560	111,410	4.831.127,45	\$ 4.831.127,45	16,00%
3.450.000,00	79,560	111,410	4.831.127,45	\$ 4.831.127,45	16,00%
3.450.000,00	79,560	111,410	4.831.127,45	\$ 4.831.127,45	16,00%
3.450.000,00	79,560	111,410	4.831.127,45	\$ 4.831.127,45	16,00%
3.450.000,00	79,560	111,410	4.831.127,45	\$ 4.831.127,45	16,00%
1.610.000,00	79,560	111,410	2.254.526,14	\$ 1.052.112,20	16,00%
481.000,00	82,470	111,410	649.790,35	\$ 86.638,71	16,00%
3.608.000,00	82,470	111,410	4.874.103,07	\$ 4.874.103,07	16,00%
3.608.000,00	82,470	111,410	4.874.103,07	\$ 4.874.103,07	16,00%
3.608.000,00	82,470	111,410	4.874.103,07	\$ 4.874.103,07	16,00%
3.608.000,00	82,470	111,410	4.874.103,07	\$ 4.874.103,07	16,00%
3.608.000,00	82,470	111,410	4.874.103,07	\$ 4.874.103,07	16,00%
3.608.000,00	82,470	111,410	4.874.103,07	\$ 4.874.103,07	16,00%
3.608.000,00	82,470	111,410	4.874.103,07	\$ 4.874.103,07	16,00%
3.608.000,00	82,470	111,410	4.874.103,07	\$ 4.874.103,07	16,00%
3.608.000,00	82,470	111,410	4.874.103,07	\$ 4.874.103,07	16,00%
3.608.000,00	82,470	111,410	4.874.103,07	\$ 4.874.103,07	16,00%
3.608.000,00	82,470	111,410	4.874.103,07	\$ 4.874.103,07	16,00%
1.804.000,00	82,470	111,410	2.437.051,53	\$ 1.218.525,77	16,00%
2.445.000,00	88,050	111,410	3.093.667,80	\$ 1.959.322,94	16,00%
3.861.000,00	88,050	111,410	4.885.337,99	\$ 4.885.337,99	16,00%
3.861.000,00	88,050	111,410	4.885.337,99	\$ 4.885.337,99	16,00%
3.861.000,00	88,050	111,410	4.885.337,99	\$ 4.885.337,99	16,00%
3.861.000,00	88,050	111,410	4.885.337,99	\$ 4.885.337,99	16,00%
3.861.000,00	88,050	111,410	4.885.337,99	\$ 4.885.337,99	16,00%
3.861.000,00	88,050	111,410	4.885.337,99	\$ 4.885.337,99	16,00%
3.861.000,00	88,050	111,410	4.885.337,99	\$ 4.885.337,99	16,00%
3.861.000,00	88,050	111,410	4.885.337,99	\$ 4.885.337,99	16,00%
3.861.000,00	88,050	111,410	4.885.337,99	\$ 4.885.337,99	16,00%
3.861.000,00	88,050	111,410	4.885.337,99	\$ 4.885.337,99	16,00%
3.475.000,00	88,050	111,410	4.396.930,72	\$ 3.957.237,65	16,00%
3.442.680,00	93,110	111,410	4.119.310,27	\$ 3.432.758,55	16,00%
4.131.215,00	93,110	111,410	4.943.171,12	\$ 4.943.171,12	16,00%
4.131.215,00	93,110	111,410	4.943.171,12	\$ 4.943.171,12	16,00%
4.131.215,00	93,110	111,410	4.943.171,12	\$ 4.943.171,12	16,00%
4.191.215,00	93,110	111,410	5.014.963,63	\$ 5.014.963,63	16,00%
4.131.215,00	93,110	111,410	4.943.171,12	\$ 4.943.171,12	16,00%
4.131.215,00	93,110	111,410	4.943.171,12	\$ 4.943.171,12	16,00%
4.131.215,00	93,110	111,410	4.943.171,12	\$ 4.943.171,12	16,00%
4.131.215,00	93,110	111,410	4.943.171,12	\$ 4.943.171,12	16,00%
4.131.215,00	93,110	111,410	4.943.171,12	\$ 4.943.171,12	16,00%
2.065.608,00	93,110	111,410	2.471.586,16	\$ 1.318.179,28	16,00%
1.166.656,00	96,920	111,410	1.341.076,61	\$ 357.620,43	16,00%
4.374.957,00	96,920	111,410	5.029.033,84	\$ 5.029.033,84	16,00%
4.374.957,00	96,920	111,410	5.029.033,84	\$ 5.029.033,84	16,00%
4.374.957,00	96,920	111,410	5.029.033,84	\$ 5.029.033,84	16,00%

Exp. 29 2021 00195 01
Rafael Meza Benítez contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

4.374.957,00	96,920	111,410	5.029.033,84	\$ 5.029.033,84	16,00%
4.374.957,00	96,920	111,410	5.029.033,84	\$ 5.029.033,84	16,00%
4.374.957,00	96,920	111,410	5.029.033,84	\$ 5.029.033,84	16,00%
4.374.957,00	96,920	111,410	5.029.033,84	\$ 5.029.033,84	16,00%
4.374.957,00	96,920	111,410	5.029.033,84	\$ 5.029.033,84	16,00%
4.375.000,00	96,920	111,410	5.029.083,26	\$ 5.029.083,26	16,00%
4.375.000,00	96,920	111,410	5.029.083,26	\$ 5.029.083,26	16,00%
1.325.622,00	100,000	111,410	1.476.875,47	\$ 443.062,64	16,00%
4.418.705,00	100,000	111,410	4.922.879,24	\$ 4.922.879,24	16,00%
4.418.705,00	100,000	111,410	4.922.879,24	\$ 4.922.879,24	16,00%
4.418.705,00	100,000	111,410	4.922.879,24	\$ 4.922.879,24	16,00%
4.418.705,00	100,000	111,410	4.922.879,24	\$ 4.922.879,24	16,00%
4.418.705,00	100,000	111,410	4.922.879,24	\$ 4.922.879,24	16,00%
4.418.705,00	100,000	111,410	4.922.879,24	\$ 4.922.879,24	16,00%
4.418.705,00	100,000	111,410	4.922.879,24	\$ 4.922.879,24	16,00%
4.418.705,00	100,000	111,410	4.922.879,24	\$ 4.922.879,24	16,00%
4.418.705,00	100,000	111,410	4.922.879,24	\$ 4.922.879,24	16,00%
4.418.705,00	100,000	111,410	4.922.879,24	\$ 4.922.879,24	16,00%
4.418.705,00	100,000	111,410	4.922.879,24	\$ 4.922.879,24	16,00%
4.418.705,00	100,000	111,410	4.922.879,24	\$ 4.922.879,24	16,00%
1.487.631,00	103,800	111,410	1.596.695,28	\$ 532.231,76	16,00%
4.462.893,00	103,800	111,410	4.790.085,83	\$ 4.790.085,83	16,00%
4.462.893,00	103,800	111,410	4.790.085,83	\$ 4.790.085,83	16,00%
4.462.893,00	103,800	111,410	4.790.085,83	\$ 4.790.085,83	16,00%
4.462.893,00	103,800	111,410	4.790.085,83	\$ 4.790.085,83	16,00%
4.462.893,00	103,800	111,410	4.790.085,83	\$ 4.790.085,83	16,00%
1.785.157,00	103,800	111,410	1.916.034,12	\$ 766.413,65	16,00%
869.022,00	103,800	111,410	932.733,54	\$ 870.551,30	16,00%
1.931.160,00	103,800	111,410	2.072.741,19	\$ 2.072.741,19	16,00%
2.220.834,00	103,800	111,410	2.383.652,37	\$ 2.383.652,37	16,00%
2.124.276,00	103,800	111,410	2.280.015,31	\$ 1.900.012,76	16,00%
2.060.352,00	105,480	111,410	2.176.183,32	\$ 2.176.183,32	16,00%
2.747.136,00	105,480	111,410	2.901.577,76	\$ 2.901.577,76	16,00%
2.452.800,00	105,480	111,410	2.590.694,43	\$ 2.590.694,43	16,00%
2.354.688,00	105,480	111,410	2.487.066,65	\$ 2.487.066,65	16,00%
686.784,00	105,480	111,410	725.394,44	\$ 96.719,26	16,00%
1.177.344,00	105,480	111,410	1.243.533,32	\$ 248.706,66	16,00%
3.237.696,00	105,480	111,410	3.419.716,64	\$ 3.419.716,64	16,00%
2.256.576,00	105,480	111,410	2.383.438,87	\$ 2.383.438,87	16,00%
2.452.800,00	105,480	111,410	2.590.694,43	\$ 2.245.268,50	16,00%
1.714.756,00	111,410	111,410	1.714.756,00	\$ 1.714.756,00	16,00%
2.420.832,00	111,410	111,410	2.420.832,00	\$ 2.420.832,00	16,00%
2.118.228,00	111,410	111,410	2.118.228,00	\$ 2.118.228,00	16,00%
2.420.832,00	111,410	111,410	2.420.832,00	\$ 2.420.832,00	16,00%
605.208,00	111,410	111,410	605.208,00	\$ 60.520,80	16,00%
SUMA				\$ 661.662.116,90	12,977%
SBC SEMANAL (SUMA/DÍAS COTIZADOS *7)				\$ 610.308,98	

SBC SEMANAL	SEMANAS COTIZADAS	PROMEDIO PONDERADO COTIZACIONES - PPC	TOTAL INDEMNIZACIÓN (SBC SEMANAL X SEMANAS COTIZADAS * PPC)
\$ 610.309	1.84	12977%	\$ 85.866.707,44

Aplicando estas variables a la fórmula establecida por la norma referida (L:SBC*SC*PPC), se obtiene por concepto de indemnización sustitutiva en favor del demandante la suma de **\$85.866.707,44**, cifra que resulta superior a la reconoció el Juez de primera instancia, guarismo que no se modificará pues se afectaría el interés de la entidad en cuyo favor se conoce la segunda instancia en Consulta (*no reformatio in pejus*). Se precisa que no se incorporó al expediente la liquidación realizada por la *a quo*, por lo que no es posible establecer la razón que origina la diferencia en los cálculos.

Finalmente, se confirmará la indexación como quiera que mantener su valor adquisitivo constituye una garantía constitucional¹⁰.

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. **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia.
- 2. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL359-2021 Rad. 86405 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 30 2021 00408 01
Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE CLAUDIA IRENE GUTIÉRREZ BEDOYA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última la sentencia dictada el 26 de mayo de 2023 por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CLAUDIA IRENE GUTIÉRREZ BEDOYA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* del traslado efectuado a PORVENIR a finales del año 1999 y, como consecuencia, la ineficacia del traslado realizado a SKANDIA S.A a finales del año 2017, con fundamento en que el asesor comercial al momento

EXP. 30 2021 00408 01
Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

del traslado no brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales. En consecuencia, pide que se ordene a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados, rendimientos, cuotas de administración y bono pensional y a esta última a recibirla con todos los aportes y a actualizar su historia laboral (ver demanda folios 3 a 9 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que la afiliación se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de la afiliación y conforme a los postulados de buena fe. Asegura que la demandante conocía cuales eran las condiciones del RAIS al venir afiliada de otros fondos, además, recibió reasesoría al momento del traslado. Indica que no evidencia algún vicio del consentimiento y que la demandante pudo ejercer su derecho al retracto pero no lo hizo. Señala que no hay lugar al traslado de gastos de administración, ni seguros previsionales en cuanto dichas sumas ya fueron utilizadas y no se encuentran en sus arcas. Como excepciones de mérito propuso la *demandante para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado instituto de seguros sociales, actos de relacionamiento, Skandia no participo ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal-falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro-gastos de administración, buena fe y la genérica.* (ver contestación folios 2 a 22 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 30 2021 00408 01
Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

La AFP PORVENIR S.A., por su parte, se opuso igualmente a las aspiraciones de la demanda, señala que al proceso no se allegó prueba siquiera sumaria que sustente la ineficacia. Asegura que el traslado de régimen pensional es completamente válido por estar precedido de una asesoría clara, veraz, oportuna, con la cual la accionante pudo conocer las características y condiciones del RAIS. Indica que la demandante contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar y corroborar la información entregada, la cual a su vez se encuentra estipulada en la Ley 100 de 1993. Advierte que pudo ejercer su derecho al retracto o al traslado de régimen pero resolvió trasladarse de AFP. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, *prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y buena fe (ver contestación folios 2 a 27 archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a la prosperidad de las pretensiones de la demanda con fundamento en que la afiliación se realizó con la plena voluntad del cotizante quien suscribió el formulario de afiliación. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 por lo que no puede reactivar la afiliación, ni aceptar el traslado de los aportes. Aduce que resulta inverosímil que la demandante, sin haber evidenciado irregularidades al momento del traslado, 22 años después y faltándole menos de 10 años para adquirir la edad de pensión solicite nuevamente el traslado alegando un engaño. En su defensa propuso las excepciones que denominó *en caso que se demuestre la falta de la información y buen consejo se absuelva a Colpensiones y se condene a la AFP PORVENIR S.A para que trate a la afiliada conforme a las reglas del RPM, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho*, y la genérica (ver contestación folios 3 a 30 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (Archivo 08 del

EXP. 30 2021 00408 01
Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 5 de agosto de 2020 (archivo 11).

Enterada de la demanda, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. la contestó el llamamiento a través de apoderado judicial. No se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda por cuanto las mismas tienen como sujeto pasivo de la relación material debatida a SKANDIA S.A., su llamante, a cuya contestación en ese aparte se adhieren. Dijo no constarle ninguno de los hechos. Propuso como excepciones: *“el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas”, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP SKANDIA S.A., legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y la de reconocimiento oficioso de excepciones.* Frente al llamamiento, aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza. Se opuso a la solicitud de reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado por cuanto el único objeto de ese contrato es que, *en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora “el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente”.* Asegura que para la época de vigencia del seguro previsional la cobertura estuvo activa y los riesgos estuvieron asegurados y la suma cuyo reembolso se pretende corresponde a la prima legalmente devengada por esa aseguradora, aunado a que el supuesto no encaja dentro de los que en la normativa del contrato de seguro imponen la devolución de la prima. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *inexistencia del derecho contractual por parte de “inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., frente a la acción material ejercida por la parte demandante SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A carece de amparo y/o cobertura pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado*

EXP. 30 2021 00408 01
Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

a MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S,A no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante AFP SKANDIA S.A y por lo mismo no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y el reconocimiento oficioso de excepciones (ver contestación folios 2 a 20, archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de mayo de 2023, mediante la cual el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora CLAUDIA IRENE GUTIÉRREZ BEDOYA, identificada con cédula de ciudadanía No. 46.362.214, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., a partir del 1° de diciembre de 1999, conforme a lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO: Declarar válidamente vinculada a la demandante señora CLAUDIA IRENE GUTIÉRREZ BEDOYA al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA*

EXP. 30 2021 00408 01
Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. **TERCERO:** Condenar a la SKANDIA administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A., a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración incluyendo los valores destinados a la adquisición de seguros previsionales y aquellos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1° de diciembre del 2017 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados. **CUARTO:** Condenar a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración incluyendo los costos de seguros previsionales y los valores descontados para el Fondo de garantía a la pensión mínima, por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es, a partir del 1° de diciembre de 1999 al 30 de septiembre del 2017, dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados. **QUINTO:** Ordenar a la Administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida. **SEXTO:** ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE, respecto del llamamiento efectuado por SKANDIA S.A. **SÉPTIMO:** Declarar no probadas las excepciones planteadas por las accionadas y la llamada en garantía, conforme a lo expuesto. **OCTAVO:** Condenar en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, por secretaría líquidense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de \$3.600.000 que debe asumir cada administradora y a favor de la demandante. **NOVENO:** Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. **DECIMO:** Condenar en costas a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a favor de MAPFRE S.A. líquidense por secretaria e inclúyanse como agencias

EXP. 30 2021 00408 01
 Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

en derecho la suma de \$1'000.000 a favor de MAPFRE. DECIMO PRIMERO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES por haber salido esta decisión totalmente a los intereses de la nación desfavorable y verse afectado el régimen pensional administrado por COLPENSIONES, el régimen de prima media con prestación definida. ” (Audiencia virtual, récord 2.05.53, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., aduce que no se puede ordenar el traslado de los gastos de administración, ni el porcentaje destinado a las primas de seguro previsional y la indexación, pues los montos destinados a cubrir estos conceptos cumplieron con la finalidad estipulada en la Ley. Asegura que durante la vinculación al RAIS el capital de la demandante se duplicó en razón de los rendimientos generados por las administradoras los cuales superan con creces los gastos de administración y el porcentaje destinado a seguros previsionales, por lo que solicita se revoque la decisión de primera instancia¹

¹ “Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia acá notificada para que sea la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá quien estudie y revoque la sentencia acá preferida en cuanto a únicamente al punto que es el traslado de gastos de administración y pago de lo descontado por sumas o primas previsionales debidamente indexadas luego bajo la anterior solicitud me permito exponer mis argumentos de la siguiente manera: En primer lugar como se manifestó en los alegatos de conclusión y se reitera ahora en este recurso de alzada los rubros anteriormente mencionados en primera medida pues cumplieron su finalidad y esto es al reconocimiento de unos rendimientos y el amparo de unas prestaciones económicas determinadas en favor de la demandante. Así mismo pues en segundo punto pues ya que estos gastos o estos rubros descontados pues fueron en cumplimiento de mandatos legales que claramente mi representada está obligada a acatar. En tercer lugar considera esta defensa que bajo el estudio o las normas que regulan las restituciones mutuas pues no se debe que tener o no sé debe pregonar la evolución de dicho rubros y más pues cuando acá se está entregando un bien pues claramente mejorado pues respecto de los aportes que realizó la demandante pues es cierto que durante el tiempo que estuvo vinculada la demandante con esta administradora pues casi que su capital o sus aportes se duplicaron en razón a los rendimientos obtenidos con esta administradora y en cuarto lugar porque considera igualmente esa defensa pues que en primera instancia se está condenando al traslado de la cuenta de ahorro individual de la demandante en su totalidad y eso incluye los rendimientos, rendimientos que han sido generados por todas las administradoras que ha estado vinculada a la demandante luego considera esta defensa que el traslado de dicho rubros a pesar de que es una condena que desborda todos los efectos jurídicos de una declaratoria de ineficacia pues ya que si esta institución jurídica de la ineficacia es retrotraer en el tiempo un acto como si nunca hubiera nacido a la vida jurídica pues es apenas lógico que no se trasladen los rendimientos propios del régimen de ahorro individual pues a duras penas se trasladarían los rendimientos que ocasionalmente se hubieran proporcionado en el régimen de prima media no obstante pues reitera que por condena impuesta y se trasladarán rendimientos que han sido frutos de todos de todas las vinculaciones del ahorro individual de

EXP. 30 2021 00408 01
 Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual, récord 2.11:00, archivo No. 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de SKANDIA S.A., su apoderado solicita igualmente que se revoque la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales indexados. Afirmar que se deben ponderar los principios de equidad o justicia toda vez que no fue SKANDIA quien realizó el traslado de régimen. Sostiene que el pago de estos conceptos se encuentra establecido en la ley 100 de 1993 por lo que no es dable la devolución de un emolumento causado. Indica que, no hay lugar al retorno de los gastos de administración teniendo en cuenta que por la buena gestión de la entidad se obtuvieron unos rendimientos, ni tampoco el retorno del porcentaje de los seguros previsionales por estar vigente la cobertura durante la vinculación con MAPFRE, pero en caso que se confirme la orden de devolución, pide que sea MAPFRE la obligada a devolver la prima de los seguros previsionales. Solicita además que se revoque la condena en costas teniendo en cuenta el actuar de buena fe de la demandada y las mínimas actuaciones que debió desplegar la parte demandante².

la demandante luego considera esta defensa pues que dichos rubros pues superan casi que con creces y a luces los descuentos realizados por gastos de administración y sumas previsionales Así mismo considera esta defensa que respecto de la condenada a la indexación se solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a este. punto pues considera igualmente esta parte que el traslado de los rendimientos pues es perdón es casi que una compensación o un incremento de los aportes durante el tiempo lo cual pues condenar nuevamente una indexación de estos aportes harían que una parte de esos aportes efectuados de la demandante tendrían una doble actualización pues así lo ha estudiado tanto el tribunal superior de Cali como el contencioso administrativo. Luego bajo estos términos dejó sustentado mi recurso de apelación solicitando nuevamente a los honorables magistrados revocar parcialmente ese punto acá entablado y así mismo para el presente despacho solicitar la concesión del presente de recurso. Muchas gracias."

² Gracias su señoría siendo esta la etapa procesal correspondiente presento recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho tendiente a que mi representada SKANDIA pensiones y cesantías sobre los conceptos relativos a los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados como la sanción de \$3.600.000 como agencias en derecho. Interpongo el recurso para que el honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral revoque dichas condenas teniendo en cuenta en primer lugar que lo que corresponde al concepto de las comisiones no sería dable teniendo en cuenta que están ajustadas a la Ley que si bien es cierto se declaró la ineficacia de la afiliación y que los antecedentes jurisprudenciales que las cosas se deben devolver a su estado natural, lo cierto es que hay que ponderar los principios de equidad y Justicia toda vez que mi representada en primer lugar no fue la entidad que realizó el traslado de régimen, en segundo lugares estas costas están establecidas y son descontadas en la Ley 100 de 1993 este concepto de comisiones viene desde el artículo 13 que fue adicionado por el artículo 2º de la Ley 797 el que prevé en su literal q que los gastos de administración del sistema general de pensiones generan una comisión razonable a las administradoras y se determinarán la forma en la Ley de la misma manera el artículo B modificado por el artículo 7 de la Ley 797 en su inciso final o párrafo final diga que el 3% restante se destinara para financiar los gastos de administración, la prima

EXP. 30 2021 00408 01

Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

de FOGAFIN, la prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, siendo así y si también traemos a colación el artículo 39 del Decreto de 1994, se indica que constituyen ingresos de las sociedades en los que se administra los fondos de pensiones las comisiones de administración que tiene derecho en todo caso las comisiones solo se podrán cobrar por el siguiente concepto legal: El concepto legal que da dicho Decreto es que la comisión de administración son los aportes obligatorios y los aportes obligatorios son los que ha venido realizando la señora demandante a la cuenta de ahorro individual que reposa a nombre de ella por mi representada pues así las cosas no sería dable que se devolviera un emolumento que ya fue causado a la señora demandante con un descuento que su razón de ser como ya se pudo ver señores magistrados viene desde la misma Ley de 1993 el descuento se utiliza para realizar una administración a la cuenta de ahorro individual y gracias a esta optima administración e inversión se producen unos dineros adicionales los cuales se denominan rendimientos dentro de la cuenta de ahorro individual por tal motivo es deber del fallador aplicar principios constitucionales de equidad y Justicia pues no se entiende que si se van a trasladar todos los aportes abiertos dentro de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos establecidos como quedo establecido en el numeral 3 no existe la obligación legal de trasladar los aportes de administración dado que sería una compensación justa a la administración de la cuenta de ahorro individual por que se le está traslado el 100% de los aportes de la señora demandante obrantes en la cuenta de ahorros sino que se desconoce el trabajo que realizó mi representada desde el año 2017 hasta la actualidad administrándola de manera diligente dicha cuenta de ahorro individual. Ahora bien en lo relacionado con los conceptos de los seguros previsionales también establecidos dentro del marco jurídico de la ley 100 de 1993 artículo 20 se estableció que dicho descuento se utiliza para dos contingencias una la de invalidez y la otra la de sobrevivencia que contrae con ello una obligación correlativa para el fondo de pensiones obligación que nace a partir de la suscripción del formulario de vinculación que es garantizar que en caso de cumplir con los requisitos de pensión de sobrevivencia o de invalidez se pueda financiar dicha prestación vence al afiliado o a su beneficiarios dependiendo de cada caso como se puede observar en el presente proceso ninguno de los dos casos es aplicable a la demandante pero se cumplió con el deber legal y se sigue cumpliendo el deber de tenerla asegurada para estos dos siniestros bajo este escenario es importante mencionar que los seguros de invalidez y sobrevivencia nunca han sido administrados por mi representada y siempre ha estado vigente durante toda la cobertura de la afiliación de la señora demandante aunado a lo anterior pues a raíz de esa afiliación que realizó la señora Claudia fue que se pudo o se establecido por mandato legal que hay que contar con un contrato de aseguramiento para cubrir dichos riesgos de aseguramiento, el contrato de aseguramiento se realizó con la aseguradora Mapfre, motivo por el cual dado el caso que los honorable magistrados consideren que se debe confirma el fallo del señor juez de primera instancia, le solicito en primer lugar que en cuento a los seguros previsionales esta condena sea estudiada para que la devuelva la aseguradora Mafre teniendo en cuenta que si no existe un fundamento jurídico o piso legal para que exista un negocio entre Mafre que fue el formulario de vinculación en el cual se incluyó a la señora demandante pues tampoco debería Mafre quedarse con dicha administración de esos porcentajes teniendo en cuenta pues que si no nació a la vida jurídica el contrato de afiliación de la señora demandante nunca estuvo afiliada al régimen de ahorro individual pues nunca estuvo asegurada a ningún riesgo de invalidez y sobreviviente luego entonces el orden lógico de las cosas eso sería que se retornaran las cosas a su estado natural que de la misma manera no hubiera aseguramiento a favor de ella y que ese dinero nunca hubieran sido utilizados para dichas coberturas y que sea la aseguradora quien los retorna. Ahora bien si también considera que tienen que volverle le solicito respetuosamente no condenar a ingresar esos emolumentos a retornar porque no se puede indexar dichos emolumentos primero porque no fueron pedidos dentro del libelo demandatorio en primera medida se estaría yendo en contra de lo establecido en la constitución política pues no se tuvo una buena defensa desde la contestación de la demanda para poner los puntos de vista jurídicos por los cuales no se podría condenar a la devolución de los emolumentos debidamente indexados siendo un facultad ultra y extra petita utilizadas en este proceso. Ahora bien si estos descuentos son parte integrante del descuento autorizado por ley para el concepto de las pensiones obligatorias pues no podría haberse indexado un concepto que hace parte integrante del 100% de la devolución de los aportes es decir los únicos emolumentos que se indexan en materia pensional es cuando se está hablando de un reconocimiento y pago de una pensión o de algún emolumento laboral en el proceso nos encontramos frente a un descuento autorizado por ley denominado descuento obligatorio para cotizar el sistema general de pensiones sobre el ingreso base cotización si se ordena en el presente proceso condenar a devolver lo obrante en la cuenta de ahorro individual o

EXP. 30 2021 00408 01
 Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual, récord 2.16:38, archivo No. 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, pide que la condena se dicte en contra de PORVENIR y se le ordene dar a la demandante el trato conforme a las reglas del régimen de prima media, incluido lo relacionado con el reconocimiento pensional, como quiera que no fue la causante de la falta de información durante el traslado y afiliación al RAIS. Explica las agravadas afectaciones al sistema del régimen de prima media que genera recibir estos afiliados y los futuros reconocimientos pensionales³ (Audiencia virtual, récord 2.26:10,

rendimientos, los gastos, comisiones y seguros provisionales se tendrían en cuenta que está devolviendo el 100% de la cotización de la señora demandante como si hubiera cotizado en el régimen de prima media con prestación definida, luego entonces no podrían indexarse unos valores que hacen parte del mismo concepto del descuento que hubiera cotizado donde la señora demandante hubiese estado afiliada al régimen de prima media causando un enriquecimiento doble en el sentido que se ordenó la devolución de un emolumento y doble que ordena una indexación de la cual no tiene fundamentos jurídico, ni legal toda vez que hace parte del mismo descuento que la señora demandante hubiese realizado en el mismo régimen de prima media con prestación definida, por todo lo anterior solicito respetuosamente a los honorables magistrados revocar los emolumentos aquí apelados y de la misma manera respecto a la condena de 3.600.000 fijados hacia mi representada claramente se ve que la cuantía estipulada como agencias en derecho desborda la fijación pues teniendo en cuenta en primer lugar SKANDIA S.A no fue la encargada de realizar el traslado de régimen, segundo cuando la señora demandante Claudia Irene Gutiérrez realizó solicito el traslado ya contaba con más de 47 años de edad para luego entonces no se le puede condenar a mi representada por haber hecho oposición al traslado teniendo en cuenta que cuando se afilio no podía retornar al régimen de prima media y segundo para poder acceder a una solicitud de ineficacia debe estar por fuera de la provisión legal establecida en la ley 100 de 1993 y aunado a lo anterior en el presente proceso de actuación en estados civiles conforme al trámite procesal que no fueron demoradas teniendo en cuenta que mediante la implementación de la virtualidad todo se hace vía correo electrónico. Por tal motivo el esfuerzo que hace el sujeto activo al presente proceso es decir el apoderado es mínimo teniendo en cuenta que lo único que tiene que hacer es realizar la notificación virtualmente y el resto lo hacen en debida forma mi representada contestando la demanda y enviándola en debida forma al juzgado para que haga el trámite correspondiente, por tal motivo no hay lugar a condenar a mi representada a 3.600.000 como agencias en derecho, cuando su actuación siempre ha sido de buena fe. Por todo el anterior dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando al juez de primera instancia lo conceda y a los honorables magistrados revocar las condenas aquí apeladas.

³ Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad legal correspondiente voy a presentar recurso de apelación con el fin de solicitar a los señores magistrados se modifique la decisión que se acaba de proferir con el fin de solicitar que se condene la AFP Porvenir para que trate a la demandada conforme a las reglas del régimen de prima media si se prueba en segunda instancia, se confirma en segunda instancia que existió omisión por parte del fondo privado para desarrollar el presente punto es importarte señalar en presunto matriz generado a Colpensiones en los procesos de ineficacia de traslado para ello tenemos que en Colombia existen miles de procesos ordinarios laborales tendientes a declarar la ineficacia del traslado realizado por los afiliados del régimen público administrado por el extinto instituto de los seguros sociales hoy Colpensiones al RAIS administrado en la actualidad por la AFP Porvenir, Colfondos, Protección y Skandia aduciendo vicio del consentimiento por falta de información o buen consejo, falta de posición de las ventajas y desventajas de ambos regímenes entre otros lo cual está generando miles de sentencias condenatorias donde mi representada se vio obligada a recibir y afiliar la demandante junto con los aportes que se encontraran en la cuenta ahorro individual y como consecuencia de ello una vez cumplidos los requisitos del afiliado

EXP. 30 2021 00408 01
 Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

archivo No. 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).
 CONSIDERACIONES

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).

Colpensiones debe asumir la prestación pensional, entendida la problemática anteriormente expuesta este apoderado luego un estudio de análisis del caso de la ineficacia cumplido que la sentencia condenatoria ordenar a Colpensiones a recibir al afiliado del RAIS imparte una justicia incompleta parcialmente desacertada ya que reconoce el derecho del afiliado a retornar al régimen de prima media pero dicha decisión afecta gravemente los derechos de Colpensiones quien se ve obligada a aceptar la afiliación actualizar la historia laboral y reconocer la prestación pensional cuando se cumple con los requisitos del afiliado es decir se podría decir que Colpensiones estaría siendo condenado por un hecho que no cometió mejor dicho sin que exista una causa generadora de prueba que indique que la entidad que represente fue la causante del traslado o la causante de la falta de información durante su afiliación al RAIS entendido lo anterior nos corresponde entonces traer el correcto de Justicia el presente proceso de ineficacia por lo que debemos preguntarnos lo siguiente señores magistrados es justo que se condene a Colpensiones a recibir la afiliación de la demandante, si se prueba que existió omisión de la información y buen costo por parte del fondo privado para esta representación no es justo que se condene a Colpensiones a recibir a la parte demandante por cuanto no fue la causante de incentivar el traslado de la demandante que se retirara del instituto de los seguros sociales. Entonces al no haber un hecho generador una prueba que indica que Colpensiones no puede ser posible la condena de recibir los aportes en la cuenta ahorra individual por existir en forma de restablecer el derecho de la demandante sin que se afecte a la entidad que represento conforme a lo anterior los magistrados laborales que vayan a conocer este caso en segunda instancia podrían asumir una decisión más ajustada para quedar realizado posteriormente por la corte y posiblemente puede implementarse esta nueva línea jurídica que redireccione las condenas de los procesos de ineficacia los fondos privados causaron la desinformación del afiliado por lo tanto solicito más elementos al Señor magistrado que de ser procedente se modifique la sentencia en el sentido de que se condene a la AFP Porvenir para que asuma a excepción a la Norma y por vía mandato judicial a que trate la afiliada conforme a las reglas del régimen de prima media, incluyendo el reconocimiento de su pensión conforme a ello entonces dejó expuesto el recurso con el fin de solicitar la modificatoria de la decisión. Muchísimas gracias.

EXP. 30 2021 00408 01

Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

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

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 31⁴ años de edad y había cotizado 177,14⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía ninguna semana cotizada, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía

⁴ Nació el 14 de febrero de de 1966.

⁵ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folio 15 a 20 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia.

EXP. 30 2021 00408 01
 Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

55 años de edad- ver archivo 03 y folio 10 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6, 7}. Segur dicho criterio los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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

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

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

EXP. 30 2021 00408 01
Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

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

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

EXP. 30 2021 00408 01
Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, le indicaron que el ISS se iba a acabar y que si no se trasladaba no se podría pensionar, pero no se le brindó información acerca de las características, ventajas y desventajas del RAIS (Audiencia virtual del 26 de mayo de 2023, archivo 20 del expediente digital, récord 27:53).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al

EXP. 30 2021 00408 01
Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

fondo de garantía de pensión mínima a cargo de esta y de PORVENIR (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Frente al llamamiento en garantía, se confirmará la decisión de primera instancia, pues SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS no demostró la existencia de una relación sustancial con la aseguradora llamada en garantía que imponga a ésta (MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.) el deber de pagar el valor de las primas de seguro que recibió del fondo para cubrir los riesgos de invalidez o muerte del afiliado. Ello no se deduce del texto de las pólizas traídas al proceso (folio 9 a 10 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia) en las que los beneficiarios son los afiliados al Fondo de pensiones obligatorias y no la demandada, y cuyo objeto es diferente al pretendido.

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

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

EXP. 30 2021 00408 01
Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 30 2021 00408 01
Claudia Irene Gutiérrez Bedoya vs Colpensiones y otro.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 31 2022 00029 01

Álvaro Roberto Ortiz Monsalve Vs Transportes y Turismo Berlinas del Fonce S.A. – Berlinastur S.A.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO ROBERTO ORTIZ
MONSALVE contra TRANSPORTES Y TURISMO BERLINAS DEL FONCE
S.A. – BERLINASTUR S.A.**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada el 18 de abril de 2023 por la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo y se ABSOLVIÓ a la demandada de todas pretensiones incoadas en su contra con las cuales se procuraba el reintegro por estabilidad laboral reforzada por salud del demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ÁLVARO ROBERTO ORTIZ MONSALVE presentó demanda contra TRANSPORTES Y TURISMO BERLINAS DEL FONCE S.A. – BERLINASTUR S.A. para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene el reintegro a su cargo o a uno compatible con su estado de salud y las recomendaciones laborales, con el pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, además de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la indexación de las sumas que le sean reconocidas. De manera subsidiaria solicita la indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de lo pedido afirma que existió una relación laboral con la demandada BERLINASTUR S.A. entre el 4 de octubre de 2010 y el 1 de

EXP. 31 2022 00029 01

Álvaro Roberto Ortiz Monsalve Vs Transportes y Turismo Berlinas del Fonce S.A. – Berlinastur S.A.

octubre de 2021 regida por un contrato de trabajo a término fijo. Informa que el salario mensual oscilaba entre \$1.200.00 y 1.300.000. Afirma que el 5 de marzo de 2011 sufrió un accidente laboral que le dejó como secuelas dolor, esclerosis ósea, entre otras y le fue amputada su pierna derecha. Luego del accidente trabajó en el cargo de taquillero de la terminal de transportes del Salitre. Afirma que su situación de salud era de pleno conocimiento del empleador y que fue objeto de acoso laboral por su jefe inmediato, situación que puso en conocimiento de la demandada el 5 de noviembre de 2020. Aduce que la relación laboral fue terminada mediante carta del 30 de septiembre de 2021 con sustento en las diligencias de descargos del 16 de julio y 27 de septiembre de 2021 sin que las justas causas hubieran existido y sin que mediara permiso del Ministerio del Trabajo (ver demanda páginas 1 a 21 archivo 02 y subsanación demanda páginas 7 a 27 archivo 05 trámite de primera instancia del expediente digital).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por BERLINASTUR S.A. mediante apoderado, quien aceptó los hechos relacionados con el accidente laboral y la reubicación del demandante. Se opuso a las pretensiones informando que el contrato finalizó el 1 de octubre de 2021 por decisión unilateral del empleador con justa causa. Afirma que la finalización del contrato de trabajo no tuvo relación alguna con el estado de salud del demandante, se originó en las causales previstas en los numerales 2 y 5 del literal A del artículo 7 del CST por conductas de acoso laboral en contra de siete (7) trabajadoras de la empresa, lo que se demostró en proceso disciplinario con garantía del debido proceso. En su defensa propuso las excepciones de *inexistencia total de las obligaciones demandadas, ausencia de culpa patronal de los presuntos perjuicios morales del demandante como consecuencia de la terminación de su contrato de trabajo, inexistencia del nexo causal entre la culpa del empleador y los supuestos perjuicios morales causados, incompatibilidad en la incapacidad permanente parcial decretado por la junta nacional de calificación de invalidez, con los pedimentos de la demanda ordinaria y buena fe. TRANSPORTES Y TURISMO BERLINAS DEL FONCE S.A. BERLINASTUR.* (ver páginas 3 a 62 archivo No. 09 del expediente digital, trámite de primera instancia.)

EXP. 31 2022 00029 01

Álvaro Roberto Ortiz Monsalve Vs Transportes y Turismo Berlinas del Fonce S.A. – Berlinastur S.A.

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de abril de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ las pretensiones de la demanda y condenó al demandante a pagar las costas del proceso. Para tomar su decisión la Juez corroboró la existencia del contrato de trabajo entre el 4 de octubre de 2010 y el 1 de octubre de 2020, y de las pruebas concluyó que existió un accidente de trabajo y que el empleador adoptó las medidas pertinentes a la reincorporación al trabajo del demandante, entre ellas la reubicación del puesto de trabajo. Estableció que para el momento de la terminación del contrato de trabajo el demandante no contaba con incapacidades o recomendaciones médicas y que el contrato terminó por faltas cometida por el trabajador en contra de sus compañeras de trabajo violatorias de los derechos y la dignidad de la mujer.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre ÁLVARO ROBERTO ORTIZ MONSALVE en calidad de trabajador y TRANSPORTES Y TURISMO BERLINAS DEL FONCE S.A. – BERLINASTUR S.A. por el periodo comprendido entre el 4 de octubre del año 2010, al primero de octubre del año 2021. ABSOLVER a la demandada TRANSPORTES Y TURISMO BERLINAS DEL FONCE S.A. – BERLINASTUR S.A. de la totalidad de todas las pretensiones incoadas por el demandante. CONDENAR al demandante ÁLVARO ROBERTO ORTIZ MONSALVE al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente como quiera que el resultado de la presente sentencia es adverso a los intereses del demandante se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento en que la sentencia no se apelada.”* (Audiencia virtual, archivo No. 28 del expediente digital, minuto 59:38)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el demandante pide que se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda. Afirma que no se valoraron adecuadamente los testimonios, pues los testigos Gerardo Alexis Pinzón Rivera y Andrés Rodolfo Fernández Téllez son de oídas, y contrario a su dicho los testimonios de Jorge Eliécer Zuluaga y Nirza Estela Roldán Liévano fueron exactos al explicar el complot orquestado en contra del demandante. Señala que de oficio

EXP. 31 2022 00029 01

Álvaro Roberto Ortiz Monsalve Vs Transportes y Turismo Berlinas del Fonce S.A. –
Berlinastur S.A.

la juez debió citar a las personas que presentaron las quejas y que el asunto fue resuelto de manera caprichosa: Aduce además que en la diligencia de descargos no se le garantizó el debido proceso¹ (Audiencia virtual, récord 1:00:29, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Si su señoría presento recurso de alzada para que el superior jerárquico lo resuelva por competencia y me permito pues sustentar el recurso por indebida valoración de la prueba toda vez que los testimonios rendidos por los señores Gerardo Alexis Pinzón Rivera y Andrés Rodolfo Fernández Téllez son de oídas “Yo no acudo a las taquillas, yo acudo a la parte administrativa” declaraciones que llenaron de convicción a la señora Juez sin procurar un mínimo de objetividad en el testimonio solicitando explicaciones de tres circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió cada uno de los supuestos hechos y de la forma cómo llegó a su conocimiento mientras que los testimonios de los señores Jorge Eliécer Zuluaga y Nilse Stella Roldan Liebano no le dio el debido valor probatorio pese a tener mucha credibilidad al explicar con exactitud con precisión en dónde se encontraba la taquilla la deciden perfectamente en el conocimiento de que tenía del señor Álvaro Roberto Ortiz Monsalve y del complot orquestado precisando la señora Nilse que había escuchado decir a la señora Milena los testimonios del señor Jorge Eliécer Zuluaga y Nilse Stella Roldan Liebano dijeron que el señor Álvaro Roberto Ortiz Monsalve “ Es un tipo muy correcto, muy decente y él es una persona muy adecuada para servicio al cliente cuando aunado a que jamás tuvieron conocimiento de las afrentas referidas si bien es cierto el juez de instancia cuenta con la Facultad de limitar los testimonios que le son solicitados esto puede hacerlo siempre que encuentre que los demás testigos o con los demás pruebas aportadas al proceso es suficiente para acceder al conocimiento de los hechos en los momentos en que se decretaron las pruebas por parte de la señora juez en la audiencia del pasado 24 de mayo del 2022 el abogado de la empresa habilidosamente retira a todas las mujeres firmantes 7 en total de las quejas a fin de que no se pudiera ser desvirtuada mediante el testimonio rendido en la audiencia quedando huérfanas las pruebas que fundamentan la contestación de la demanda las extensiones propuestas y el motivo del despido por lo que el despacho las debió ordenar de oficio por conducencia, pertinencia e identidad a fin de que ampliaran su versión aclararan y explicaran los supuestos hechos constitutivos de acoso sexual y si efectivamente se ratificaban afectando el derecho de defensa de mi prohijado violando indirectamente la ley sustancial por cercenar los testimonios de Astrid Carolina Navarro, Kelly Johanna Fontalvo, Jenny Carolina Escallón Peñaranda, Sandra Carolina Vargas, Milena Ríos Hernández, María Mercedes Cuenca y Paula Andrea Mejía quienes guardan lealtad con la empresa, la señora juez debió a analizar en su conjunto todos los testimonios y dividir si con ellos es posible llegar al convencimiento de los hechos ocurridos o si por el contrario se requería de los testimonios de las siete mujeres que firmaron las quejas o decretar y practicar una inspección judicial con el fin de verificar los hechos inspeccionar las taquillas, la existencia de las quejas y demás por menores importantes para la esclarecimiento de los hechos motivo de la demanda atendiendo a las circunstancias relevantes de pleito y a la conducencia procesal observada por las partes. Las 7 quejas avanzadas con la contestación de la demanda nada dicen de las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Ahora bien en el minuto 31:14 de la audiencia del pasado 23 de agosto del 2022 la señora juez se descompuso y solicitó la intervención de la procuraduría y ordenó la compulsa de copias a la fiscalía general haciendo juicios de valor suspendiendo la audiencia de inmediato por lo que el despacho funda su convencimiento en las quejas escritas incurriendo en un defecto fáctico por no decretar y practicar pruebas de oficio resolviendo la controversia de manera caprichosa sin ofrecer una justificación para apartarse de la verdad de los hechos ver mi gracia los testimonios de las quejosas tomando en consideración que lo mencionado por el aquí demandante era una mera aclaración de la situación y en ningún momento era una confesión como lo tergiverso la señora juez al resaltar el acoso sexual sin constatar la existencia de una justa causa para el despido o terminación de respectivo contrato la presente apelación no deja de lado el enfoque de género porque dicha perspectiva en ningún momento choca con los derechos laborales del señor Álvaro Roberto Ortiz Monsalve pues en cuanto se podía suspender las labores del aquí demandante mientras se indagaba y obtenía las pruebas necesarias para darle o no validez a las cartas donde se manifestaba sobre acoso sexual para propender por los derechos de todos los trabajadores en realidad terminó por darse valor a dichos escritos y termina la relación laboral la mujer como ser humano tiene dignidad y debe ser respetada en todo momento pero no por ello se debe hacer gravosa la situación del trabajador por tal razón Y con toda la intención de propender por los derechos tanto de la mujer como del trabajador me permito pues sustentar esta apelación y traigo a colación lo que dijo el señor representante legal de la demandada señor Pedro Cobos

EXP. 31 2022 00029 01

Álvaro Roberto Ortiz Monsalve Vs Transportes y Turismo Berlinas del Fonce S.A. –
Berlinastur S.A.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 4 de octubre de 2010 y el 1 de octubre de 2021; (ii) que el vínculo terminó por decisión unilateral del empleador (ver página 40 a 44 archivo 02).

El Tribunal debe definir: si el demandante tiene derecho a la estabilidad reforzada que regula la Ley 361 de 1997, o si procede o no la pretensión subsidiaria de la demanda relativa al pago indemnización por despido sin justa causa.

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

A su vez la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la

cuando ahí se violó el debido proceso administrativo y disciplinario cuando no se le permitió que mi prohijado fuera asistido por compañeros o por un abogado pese a existir un correo electrónico donde solicitaba la presencia del abogado con esto dejó sustentados mis alegatos y para sustentar la apelación. Muchas gracias.”

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

EXP. 31 2022 00029 01

Álvaro Roberto Ortiz Monsalve Vs Transportes y Turismo Berlinas del Fonce S.A. –
Berlinastur S.A.

jurisprudencia nacional en la interpretación de normas legales vigentes frente a casos concretos, ha entendido que las “*personas limitadas*” a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que han sufrido una reducción en su capacidad laboral considerable frente a las funciones asignadas³, o que por otras razones se encuentren en un estado de debilidad manifiesta.

Dispuso así la Corte Suprema de Justicia unos parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuáles personas son objeto de la protección especial de la Ley, asumiendo que no toda afectación en la salud del trabajador, ni toda limitación de su capacidad de trabajo, generan una dificultad cierta para la reinserción en el sistema competitivo laboral que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997, y que el reintegro procede siempre y cuando la terminación del contrato de trabajo hubiera tenido como causa *real* o eficiente la situación de salud del trabajador: “*Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997*”⁴.

Otorgar estabilidad reforzada a trabajadores que sufren limitaciones mínimas en la discapacidad o a personas cuyo contrato termina por causas diferentes a esa incapacidad traería un efecto contrario al pretendido por la Ley y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues las cargas adicionales que tuvieran que afrontar los empleadores que vinculan a personas con discapacidad implicaría para estas personas, en la práctica, menores posibilidades de acceso a los empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

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

⁴ Sentencia SL1152-2023.

EXP. 31 2022 00029 01

Álvaro Roberto Ortiz Monsalve Vs Transportes y Turismo Berlinas del Fonce S.A. –
Berlinastur S.A.

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

Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra que el empleador conocía la pérdida de capacidad o la situación de debilidad manifiesta en el trabajador. Sin embargo, tal presunción se puede desvirtuar por el empleador si aporta prueba que demuestre la existencia de otras causas eficientes de terminación del contrato de trabajo⁵.

Con estas reglas normativas y de interpretación, y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues no se demostró que la situación de salud del demandante fuera la *causa eficiente* de finalización de la relación laboral, por el contrario, la demandada probó que su condición de salud no implicaba una limitación o restricción para el cumplimiento de las funciones asignadas y que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en una justa causa.

De las pruebas resulta claro que si bien el demandante se encuentra calificado por la ARL COLPATRIA mediante dictamen del 27 de octubre de 2011 con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 25.35% (ver páginas 92 a 95 archivo 02 trámite de primera instancia) por un accidente laboral, la demandada atendió sus limitaciones de salud le reasignó funciones y mantuvo vigente el contrato de trabajo. Conforme al acta de reintegro laboral de fecha 31 de agosto de 2012 y 8 de febrero de 2017, luego del accidente, el demandante fue reubicado en el cargo de taquillero (ver página 47 a 51 archivo 16, y página 113 archivo 02 trámite de primera instancia) que, según el concepto de la ARL AXA COLPATRIA, se ajustaba a las necesidades médicas

⁵ La presunción de despido discriminatorio a la que se refiere la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como todas las presunciones contempladas en el ordenamiento jurídico, exige de la parte que pretende beneficiarse de ella la prueba de los hechos que la generan, para el caso: la prueba de que existía una limitación cierta en la capacidad de trabajo y que ella era conocida por el empleador

EXP. 31 2022 00029 01

Álvaro Roberto Ortiz Monsalve Vs Transportes y Turismo Berlinas del Fonce S.A. –
Berlinastur S.A.

del trabajador, el cual venía ocupando por más de ocho años (páginas 158 a 162 archivo 02).

No existe entonces indicio alguno del cual se pudiera concluir que la causa de terminación del contrato de trabajo fuera el estado de salud del trabajador.

Las pruebas allegadas al expediente por la demandada demuestran, por el contrario, que el despido tuvo origen en una causa justa.

La carta de despido aduce como causas de terminación del contrato de trabajo las contempladas en los numerales 2 y 5 del artículo 62 de CST que la demandada encontró probadas en una investigación adelantada por el comité de convivencia por las quejas de acoso que presentaron siete (7) compañeras de trabajo del demandante, en la cual se concluyó *“acoso laboral bajo la modalidad de Maltrato laboral. Interpretado por el numeral 1 de artículo 2 de la Ley 1010 de 2006 como “Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual de quien se desempeñe como empleado o trabajador”* (ver páginas 40 a 42 archivo 02 trámite de primera instancia del expediente digital).

Sobre esta situación se allegaron al plenario los siguientes documentos: (i) las quejas presentadas por ASTRID CAROLINA BOVEA NAVARRO, KELIS JOHANA FONTALVO, CAROLINA ESCALLÓN, SANDRA CAROLINA VARGAS, MILENA RÍOS HERNÁNDEZ, MARÍA MERCEDES CUENCA Y PAULA ANDREA MEJÍA, compañeras de trabajo de ÁLVARO ROBERTO (ver páginas 66 a 90 archivo 16 trámite de primera instancia expediente digital) y la queja presentada por MARITZA BONILLA, quien trabaja en la terminal de transporte (ver página 91 archivo 16) que dan cuanta clara de situaciones de acoso del demandante⁶; (ii) las actas de la reunión del comité de convivencia de fechas 6 de abril de 2021, 19 de abril de 2021, 22 de abril de 2021, 7 de

⁶ A manera de ejemplo, refiere una de las compañeras de trabajo que el demandante le decía: *“Cuando estoy sola me mira demasiado morbosos y me decía cosas como estas: ¿Cómo están mis bubis? ¿Cómo me gusta tener relaciones sexuales? ¿De qué tamaño me gustan los penes? -Me daría lo que fuera con tal de acostarse conmigo. -Se muere de las ganas de chuparme los senos. ¿Cuándo le voy a cumplir ese gran sueño?”. Otra manifestó que el demandante “Se refiere a mí como: “perra hijueputa”, que me las doy de gran señora y se lo doy a cualquiera; hasta hace demostraciones de posiciones que yo hago y como me gusta, eso es terrible”.*

EXP. 31 2022 00029 01

Álvaro Roberto Ortiz Monsalve Vs Transportes y Turismo Berlinas del Fonce S.A. –
Berlinastur S.A.

mayo de 2021, en las cuales se dejó constancia del trámite surtido en la investigación, las actuaciones realizadas y las conclusiones del comité (ver páginas 92 a 107 archivo 16). En dicho trámite se garantizó la defensa al demandante.

Las declaraciones de las mujeres víctimas tienen pleno valor probatorio, aunque no se hubieran recibido en el proceso judicial, pues no fue solicitada su ratificación oportunamente por la parte demandante (artículo 222 del CGP).

Pero de todas formas obran como pruebas adicionales de los hechos, y suficientes por sí mismas, los testimonios rendidos por: (i) GERARDO ALEXIS PINZÓN RIVERA designado por BERLINAS para adelantar el proceso administrativo, quien dijo que le fueron puestas de presente al demandante las quejas de 7 de sus compañeras, se escuchó a las trabajadoras y al señor JHON -compañero- quienes corroboran lo dicho en las quejas sobre insinuaciones de actos sexuales y comentarios morbosos. Relató que contactó a otras personas que fueron excompañeras del demandante y terceros quienes ratificaron que las conductas del demandante: MARITZA BONILLA, quien a pesar no estar vinculada con BERLINAS trabajaba en el mismo lugar, y ÁLVARO ROBERTO. Afirmó que la constancia de lo allí surtido fueron las actas que se levantaron y que fueron suscritas por quienes intervinieron; y (ii) ANDRÉS FERNÁNDEZ, médico de la ARL AXA COLPATRIA asignado a BERLINAS, informó que acompañó la visita de la inspección al puesto de trabajo. Dijo que el trabajador estaba en su taquilla y que debía interactuar con sus compañeros de turno. Refirió que el demandante *tenía un estado de humor negro y de comentarios que a veces se salían del ámbito de la visita médica*. Del clima laboral comentó que a las compañeras *no les gustaba entrar a la taquilla individual donde se vendía físicamente el tiquete cuando él estaba ahí. No les gustaba mucho, ahí no sé, no sé, porque nosotros como inspeccionamos los puestos de todos se veía cierta diferencia cuándo otros taquilleros estaban en las diferentes taquillas*. Dijo que para el momento de la terminación del contrato de trabajo no existían incapacidades ni recomendaciones laborales, además, que según la inspección al puesto de trabajo y conforme la junta de fisiatría de mayo de 2021, el demandante no ameritaba tener recomendaciones o restricciones laborales.

EXP. 31 2022 00029 01

Álvaro Roberto Ortiz Monsalve Vs Transportes y Turismo Berlinas del Fonce S.A. –
Berlinastur S.A.

No se desvirtúan las conclusiones anunciadas sobre existencia de conductas de acoso en el demandante, con la declaración de NIRZA ESTELA ROLDAN LIEVANO quien dijo haber escuchado (de oídas) un día en una cafetería que había un complot en contra de ÁLVARO, ni con la declaración de JORGE ELIECER ZULUAGA quien se limitó a señalar que ÁLVARO ROBERTO tuvo un problema con el jefe de transporte y que lo tenía muy presionado por impertinencia e insuficiencia frente a las demás evidencias recopiladas.

Se probaron entonces claros actos de acoso laboral en los que incurrió el demandante con siete (7) de sus compañeras de trabajo, lo que configura sin lugar a dudas una justa causa de terminación del contrato de trabajo con base en los numerales 2º y 5º del artículo 62 de CST.

Sobre la materia se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL 648-2018^{7, 8}).

Costas en la apelación a cargo del demandante.

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

⁷ “Ahora, de forma más concreta y en lo relacionado con el acoso sexual en el lugar del trabajo, definido por la OIT como aquel «comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre. Para que se trate de acoso sexual es necesaria la confluencia de ambos aspectos negativos: no deseado y ofensivo», diversas herramientas internacionales se han ocupado de esta Radicación n.º 55122 32 problemática, dirigidos a adoptar medidas, procedimientos y mecanismos dirigidos a lograr su erradicación. (...) En orden a lo anterior, resulta fácil concluir que el acoso sexual en el ámbito del trabajo, corresponde a uno de los problemas de discriminación de género como una forma específica de violencia contra las mujeres, cuya visibilización, erradicación y reparación le corresponde asumir a todas las sociedades que se aprecien de justas.

Al descender al sub lite, tenemos un punto de partida fácilmente identificable: las actuaciones endilgadas al demandante –comprobadas como lo están- produjeron una situación de angustia o miedo en sus receptoras, en tanto perturbaron su tranquilidad en el ejercicio de la actividad que desempeñaban; luego, el Tribunal tampoco erró al concluir de las pruebas que analizó que el comportamiento del actor causó una «inquietante situación», «molestia y desazón» en el «personal femenino subordinado», que calificó de «abierto abuso de poder» y un «ejercicio indebido de su posición dominante»”

⁸ “Entonces, bajo tales lineamientos, las circunstancias descritas, no pueden ser disgregadas del concepto de acoso sexual en tanto generaron un «ambiente laboral hostil», debido a la intimidación que ellas generaron en el personal femenino subordinado al actor. En esa dirección, tal como lo dedujo el juez de apelaciones, constituyeron justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.”

EXP. 31 2022 00029 01
Álvaro Roberto Ortiz Monsalve Vs Transportes y Turismo Berlinas del Fonce S.A. –
Berlinastur S.A.

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 31 2022 00142 01
José Orlando Heredia Bernal contra Porvenir.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ ORLANDO HEREDIA BERNAL CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. vinculada la NACIÓN – MINISTERIO DE
HACIENDA – OFICINA DE BONOS PENSIONALES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para conocer el recurso de apelación interpuesto por LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA OFICINA DE BONOS PENSIONALES y estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA en su favor, la sentencia dictada el 19 de abril del 2023 por la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá en la cual se ORDENÓ a la oficina de bonos pensionales expedir bono por los tiempos cotizados por el demandante al extinto ISS para trasladarlo a PORVENIR, y CONDENÓ a PORVENIR a reliquidar la devolución de saldos una vez recibido el bono pensional.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ ORLANDO HEREDIA BERNAL presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se condene a PORVENIR a la devolución de saldos de la cuenta pensional, debidamente indexados, junto con los intereses moratorios (ver demanda páginas 3 a 27 del archivo No. 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 31 2022 00142 01
José Orlando Heredia Bernal contra Porvenir.

Notificada de la demanda, PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que, en la actualidad, para la Oficina de Bonos Pensionales autoridad técnica competente en materia de bonos pensionales, el demandante no tiene derecho a la emisión de un bono pensional por ser incompatible con la pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al demandante mediante Resolución 1555 del 04 de julio de 2014, suspendida por la Resolución 1230 del 10 de abril de 2017 mediante la cual se le reconoció pensión de invalidez. Informa que ya realizó la devolución de saldos al demandante. Como excepción previa propuso la de *falta de integración del litisconsorcio necesario*, y las excepciones de mérito de *compensación*, *falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas*, *buena fe*, *hecho exclusivo de un tercero*, *petición antes de tiempo*, *bono pensional no emitible y prescripción* (ver contestación páginas 4 a 17 archivo No. 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En auto de fecha 1 de junio de 2022, la juez dispuso la integración de la litis con la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA – OFICINA DE BONOS PENSIONALES.

La NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA – OFICINA DE BONOS PENSIONALES se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que JOSÉ ORLANDO HEREDIA BERNAL se encuentra reportado como pensionado del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y recibe una pensión de invalidez, en consecuencia, ante la prohibición de devengar dos asignaciones del tesoro público, no puede acceder al bono pensional. Propuso las excepciones de fondo de *inexistencia de la obligación a cargo de LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO*, *reconocimiento del respectivo beneficio pensional a cargo del ISS y no de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA*, *buena fe y la genérica*. (ver contestación páginas 3 a 16 archivo No. 12 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de abril del 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá ORDENÓ a

EXP. 31 2022 00142 01
José Orlando Heredia Bernal contra Porvenir.

la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público expedir el bono pensional correspondiente a los tiempos que fueron cotizados al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, y una vez expedido trasladarlo a PORVENIR. CONDENÓ a PORVENIR a reliquidar la devolución de saldos una vez reciba el bono pensional. Para tomar su decisión, concluyó que el demandante tiene derecho a la devolución de saldos pretendida como quiera que el capital de la cuenta de ahorro individual no es suficiente para financiar una pensión de vejez. De otra parte, en aplicación de la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, consideró que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública, obtener una pensión de jubilación oficial, y simultáneamente laborar para instituciones educativas particulares y ser beneficiario de las prestaciones del Sistema General de pensiones, y por ello es procedente la expedición del bono pensional por el tiempo cotizado al extinto ISS y la reliquidación de la devolución de saldos teniendo en cuenta la suma ya pagada. Impuso condena en costas a cargo de LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como quiera que es doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la compatibilidad entre las pensiones reconocidas a los educadores por el FOMAG y las prestaciones a que eventualmente tienen derecho por los fondos de pensiones.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“ORDENAR a LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO expedir el bono pensional correspondiente a los tiempos que fueron cotizados por el señor JOSÉ ORLANDO HEREDIA BERNAL al instituto de seguros sociales hoy COLPENSIONES. Una vez expedido dicho bono pensional deberá trasladarlo a PORVENIR. CONDENAR a PORVENIR a reliquidar la devolución de saldos a favor del demandante una vez la nación MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO haya expedido y cancelado el respectivo Bono pensional. CONDENAR a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO al pago de costas y agencias en derecho en cantidad de medios salario mínimo legal mensual vigente. Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses de la nación MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que*

EXP. 31 2022 00142 01
José Orlando Heredia Bernal contra Porvenir.

la sentencia no sea apelada.” (Audiencia virtual, récord 20:00, archivo No. 33 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO reitera la incompatibilidad entre el beneficio de bono pensional y la asignación por invalidez que le fue reconocida por el FOMAG al demandante, pues constituye una doble asignación del tesoro público. Frente a las costas, pide que sean revocadas como quiera que no ha incurrido en actuaciones temerarias¹ (Audiencia virtual, récord 20:41, archivo No. 33 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

¹ “Su señoría como apoderado del ministerio de hacienda y crédito público me permito interponer recurso va a interponer recurso de apelación en contra de la decisión adoptada dentro del presente asunto fundamentado especialmente en la incompatibilidad y por las razones que se expusieron en la contestación de la demanda y que hacen referencia a la inexistencia de obligación a cargo de la nación para la redención y para la expedición del bono pensional esto teniendo en cuenta la incompatibilidad que existe en el régimen especial de pensiones que tienen las aquellas pensiones que se encuentran otorgadas y reconocidas por el FOMAG que en este caso especialmente se encuentra probado y se encuentra determinado que esta prestación a la que tiene derecho o la que está gozando el señor José Orlando Heredia proviene de una prestación derivada de una invalidez es decir es una pensión por invalidez lo cual de conformidad con lo establecido en el artículo 253 de la Ley 100 del 93 no es posible y no permite la devolución de saldos tal artículo es claro en decir que “Cuando un afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad se invalide por accidente trabajo enfermedad profesional además de la pensión por invalidez que cubre la cotización a cargo del empleador se le entregará la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional y en este caso no habrá lugar al bono pensional en este orden de ideas no es posible su señoría que el Ministerio de Hacienda y crédito público efectúa este traslado de los bonos pensionales o estas redención de bonos pensionales, teniendo en cuenta lo que ya se manifestó, y es que frente al tema en estudio frente al caso en estudio, es perfectamente establecido que la prestación se deriva de una pensión de invalidez. Por consiguiente, no hay lugar a bono pensional y adicionalmente a lo anterior se puede establecer también que debido al régimen especial en el cual estaba gozando el señor Demandante, no es posible que reciba doble asignación por parte de la nación, que es lo que conllevaría a tener en la pensión de invalidez Junto con la redención del bono si es que en efecto se llega a realizar teniendo en cuenta que la financiación de estos bonos es por parte de la nación, lo que incurriría en un desacuerdo en el en el evento en que así fuera determinado. En estas condiciones y bajo estos argumentos dejó fundamentado el recurso de apelación, solicitando su Señoría lo conceda ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá para los efectos pertinentes. De igual manera, frente a las costas a las cuales fue condenado el Ministerio de Hacienda también te presento el recurso de apelación, teniendo en cuenta que la en ningún momento este ente ministerial ha incurrido en acciones temerarias o en acciones que permitan determinar que su actuar ha influido para que sea condenado en este tipo de monumentos. Por tal razón también hago extensivo el recurso de apelación a esta parte de la sentencia. Nuevamente agradezco su atención y dejo entonces fundamentado el recurso de apelación presentado. Muchas gracias ”

EXP. 31 2022 00142 01
José Orlando Heredia Bernal contra Porvenir.

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que al demandante se le reconoció pensión de jubilación a través de la resolución No 1555 del 04 de julio de 2014 y posteriormente una pensión de invalidez con la resolución 1230 del 10 de abril de 2017, sienta esta última la que viene devengando; (ii) que el afiliado cotizó al RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, un total de 353 semanas de aportes (ver página 53 archivo 02 expediente digital); (iii) que el causante se trasladó del RPM al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A. el 6 de diciembre de 2001, (ver historia laboral folio 18 a 25 archivo 17 expediente digital); y (iv) que la AFP PORVENIR S.A. reconoció y pagó devolución de saldos en cuantía de \$10.267.202 que corresponde a los aportes realizados en la cuenta individual de pensión obligatoria más los rendimientos generados (ver comunicación de folio 198 archivo 17 expediente digital).

El Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS) (i) si procede o no la redención y expedición del bono pensional por los tiempos cotizados por el demandante al extinto ISS; y (ii) si procede la condena en costas de primera instancia a cargo de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Para decidir las pretensiones del demandante, 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 la norma referida, 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.

Sobre la materia se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de forma reiterada. En la sentencia con radicado No. 40848 del 6 de diciembre de 2011, afirmó que los reglamentos del ISS no

EXP. 31 2022 00142 01
José Orlando Heredia Bernal contra Porvenir.

limitaron la obligación de los empleadores de afiliar al Sistema de pensiones a docentes que presten servicios en centros educativos de carácter particular; por el contrario, estos servidores son afiliados *forzosos* del sistema y por ello bien pueden causar las pensiones que nacen de sus aportes. Advirtió la Corte en dicha sentencia que los pagos efectuados por el ISS a sus afiliados no son asignaciones del tesoro público². Sobre esto último resulta particularmente claro el artículo 13 literal m) de la Ley 100 de 1993: *“Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”*.

También dijo esa corporación, frente a la posibilidad de emitir bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, que es plenamente compatible la emisión y redención de dicho título con la pensión de jubilación oficial. En un caso similar al que se estudia dijo la Corte: *“calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social (...), a la demandante le resultaba válido sus servicios en establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ellos, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional”* (Sentencia SL 451 de 2013, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), de lo cual resulta la posibilidad de *“incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos”*.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales se confirmará entonces la sentencia dictada en primera instancia, pues se advierte que los aportes efectuados por el señor JOSE ORLANDO HEREDIA BERNAL al Sistema de Pensiones (ISS) corresponden a servicios prestados a instituciones de

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 haber la *devolución de saldos* en favor de una persona que percibía pensión de jubilación por la prestación de servicios como docente oficial

EXP. 31 2022 00142 01
José Orlando Heredia Bernal contra Porvenir.

carácter privado entre el 4 de marzo de 1985 y el 6 de diciembre de 2001 (Centro Parroquial de Soacha y la Fundación Instituto Tecnológico del Sur, ver folios 21 a 24), y que dichos periodos no tuvieron incidencia en el reconocimiento de la pensión a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal como lo certificó esa misma entidad en comunicación del 9 de febrero de 2023 en respuesta al requerimiento elevado por el juzgado (archivo 25 trámite de primera instancia expediente digital).

La condena en costas de primera instancia a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, también será confirmada, 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.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Exp. 34 2019 00150 01

Betty Pineda Delgado contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE BETTY PINEDA DELGADO CONTRA LA
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –
UGPP.**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, la sentencia dictada por la Juez Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de mayo de 2023. En dicha providencia se condenó a la UGPP a pagar pensión de jubilación con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 suscrita por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, BETTY PINEDA DELGADO presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor pensión de jubilación bajo los parámetros del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL para la vigencia 2001-2004, en cuantía equivalente al 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos 3

Exp. 34 2019 00150 01

Betty Pineda Delgado contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

años, a partir del 7 de mayo de 2011, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que nació el 7 de mayo de 1961 por lo que el mismo día y mes del año 2011 cumplió 50 años, trabajó con el Instituto de Seguros Sociales un total de 23 años y 25 días, tiempo durante el cual ostentó la calidad de trabajadora oficial. Aduce que entre la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL y el Instituto de Seguros Sociales se suscribió una convención colectiva cuya vigencia *va más allá del año 2017*, según lo reconoció la Corte Suprema de Justicia y que está afiliada a SINTRASEGURIDADSOCIAL, por ello, el 26 de mayo de 2011 solicitó ante el ISS el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que le fue negada mediante Resolución GNR 227875 del 6 de septiembre de 2013. El 3 de octubre de 2017 elevó igual solicitud de reconocimiento pensional a la UGPP pero esta fue remitida por competencia COLPENSIONES (ver demanda folios 146 a 156 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la demandante no cumplió los requisitos establecidos en la Convención antes de que perdiera vigor el 31 de julio de 2010 conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *incompatibilidad pensional en razón a la naturaleza jurídica de la pensión convencional y la pensión legal, a partir del acto legislativo 01 de 2005 las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del sistema general de seguridad social en pensiones, ausencia de fundamentos jurídicos, prescripción, buena fe y la innominada* (ver contestación folios 163 a 172 del archivo '1 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En audiencia celebrada el 18 de noviembre de 2021, la juez *a quo* dispuso la integración al proceso en la parte demandada de la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES como litisconsorte necesario (archivo 11 del expediente digital), quien una vez notificada de la demanda la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones afirmando que esa entidad mediante Resolución No. SUB137641 del 24 de mayo de 2018 reconoció pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.258.334 a partir del 7 de mayo de 2018 y al momento de determinar el IBL aplicó el tope máximo a los valores reportados y demás factores. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público*, y la genérica (folios 3 a 18, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de mayo de 2023, a través de la cual la Juez Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UGPP a reconocer a favor de la demandante la pensión de jubilación convencional consagrada en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, a partir del 7 de mayo de 2011, en 14 mesadas al año, la cual tiene carácter de *compartida* con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES. Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia consideró que la demandante cumplió con los presupuestos establecidos en la norma convencional por haber laborado más de 20 años de servicios al ISS como trabajadora oficial, conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia. Frente al monto, dijo, atendiendo la fecha de causación, que la liquidación debía efectuarse aplicando una tasa de reemplazo del 100% al promedio de lo devengado por la demandante en los tres últimos años teniendo en cuenta los factores establecidos en la convención, de lo cual obtuvo la suma de \$1.075.753 la cual debía ser debidamente indexada a la fecha de exigibilidad –cifra que no se indicó en la parte resolutive ni se cuantificó-. Adujo que el pago debía hacerse en 14 mesadas al año dada la fecha de causación. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta la fecha de presentación de la reclamación pensional.

Exp. 34 2019 00150 01

Betty Pineda Delgado contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

La parte resolutive de la sentencia apelada tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que la demandante BETTY PINEDA DELGADO, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional consagrada en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y SINTRASEGURIDADSOCIAL, a partir del 07 de mayo de 2011, conforme a lo expuesto en esta providencia, por 14 mesadas pensionales al año más los reajustes pensionales que se causen a futuro, conforme a lo analizado en la parte motiva. SEGUNDO: DECLARAR que la pensión convencional RECONOCIDA a la demandante BETTY PINEDA DELGADO, a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP es COMPARTIDA con la pensión de vejez reconocida a la demandante por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en la Resolución No. SUB 137641 del 24 de mayo de 2018. TERCERO: CONDENAR a la demandada UGPP al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado a partir del 4 de octubre del 2014 y hasta el 7 de abril de 2018, a favor de la demandante BETTY PINEDA DELGADO. CUARTO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL- UGPP, al reconocimiento y pago del mayor valor generado por las diferencias entre la pensión de vejez que actualmente viene pagando la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, a partir del 7 de mayo de 2018 y la pensión convencional que por esta sentencia se reconoce, junto con la mesada 14, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto las mesadas pensionales causadas y no pagadas con anterioridad al 3 de octubre del 2014. CUARTO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas por la pasiva. SEXTO: AUTORIZAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL- UGPP para que efectúe los descuentos respectivos al sistema general de seguridad social en salud. SÉPTIMO: CONDÉNESE en costas a la demandada UGPP inclúyase en la liquidación la suma equivalente*

Exp. 34 2019 00150 01

Betty Pineda Delgado contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

a (1) SMLMV valor en el que se estiman las agencias en derecho. OCTAVO: ABSOLVER a la litisconsorte necesaria la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y NOVENO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP” (Audiencia virtual, archivo No. 031 del expediente digital, récord 48:44, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de la demandante, solicita que se liquide la prestación teniendo en cuenta los factores salariales del artículo 98 de la Convención Colectiva, se reajuste el retroactivo, se ordene el pago indexado, y se imponga un valor de las costas acorde con la condena impuesta¹ (Audiencia virtual, archivo No. 031 del expediente digital, récord 51:45, trámite de primera instancia).

En el recurso de la UGPP, afirma que la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL perdió vigencia el 31 de julio de 2010 por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, y en el caso bajo estudio, la demandante cumplió los 50 años de edad el 7 de mayo de 2011, esto es, luego de la fecha límite impuesta por el acto legislativo, razón por la cual no

¹ “Gracias señora juez encontrándome dentro del término procesal pertinente me permite interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en esta instancia y en consecuencia solicitó al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoque de manera parcial la sentencia proferida en esta instancia lo anterior lo fundamento básicamente en que el apoderado principal de la parte demandante al momento de iniciar este proceso ordinario laboral hizo la liquidación de la mesada pensional que le correspondería a mi poderdante desde la fecha de causación o disfrute de su mesa pensional eso es para el 7 de mayo 2011 y se indicaba dentro de la respectiva liquidación que se hizo el monto de su mesada pensional teniendo en cuenta el 100% de lo percibido durante los últimos 3 años de acuerdo al artículo 98 de la comisión colectiva y los factores salariales que debían tenerse en cuenta para hacer la respectiva liquidación de la mesada pensional ascendía a la suma de \$2.560.456 suma que es superior a la que está reconociendo en esta instancia la honorable juez entonces en ese sentido pues solicito al honorable tribunal superior de Bogotá se haga o se realice la liquidación realizada teniendo en cuenta los factores salariales del artículo 98 de la mencionada convención colectiva como consecuencia de esta petición pues solicito adicionalmente se haga la liquidación del retroactivo pensional de acuerdo a la reliquidación de la mesada pensional junto con la respectiva indexación a que haya lugar y sobre ello pues también se haga una condena en costas a la UGPP de acuerdo a ese retroactivo pensional y de acuerdo al acuerdo estipulado por el consejo superior de la judicatura en cuanto al valor de las costas procesales deben de ser tasadas de acuerdo al valor de las de las condenas impuestas pues en este caso a la UGPP bajo el anterior argumento dejo presentado mi recurso de apelación solicitando al honorable tribunal se acceda a todas y cada una de las peticiones presentadas en el recurso de apelación Muchas gracias”.

Exp. 34 2019 00150 01

Betty Pineda Delgado contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

procedían ninguna de las condenas impuestas² (Audiencia virtual, archivo No. 031 del expediente digital, récord 54:41, trámite de primera instancia).

² “Muchas gracias su señoría estando también dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación contra la decisión preferida por su despacho en precedencia bajo los siguientes argumentos: Esta defensa judicial ha insistido durante el presente trámite procesal en la configuración de la inexistencia de la obligación pendiente a cargo de la unidad administrativa de gestión pensional y contribuciones Parafiscales UGPP pues como se ha indicado a lo largo de la controversia la convención colectiva de trabajo celebrada entre el instituto de seguros sociales y sintraseguridadsocial vigente el primero de noviembre de 2001 hasta 31 de octubre 2004 en su Artículo 98 ya citado muchas veces por su despacho expone que el trabajador oficial que cumpla 20 años de servicios continuo discontinua el instituto y llegue a la edad de 55 años y ese hombre y 50 si es mujer tendrá derecho a la pensión de jubilación en esta equivalencia al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales como indica a continuación sin embargo el acto legislativo 01 del 2005 por el cual se adiciona el artículo 48 constitucional indica en su parágrafo transitorio número tercero y las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de ese acto legislativo contenidas impactos convenciones colectivas de trabajo es válidamente celebrados se mantendrán por el término inicialmente estipulado en los pactos convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia del tacto legislativo y el 31 de julio del 2010 no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentran actualmente vigentes y en todo caso perderán vigencia el 31 de julio del 2010 de lo anterior este extremo procesal colige que las condiciones pensionales planteadas en convenciones y pactos colectivos perderían vigencia a partir del 31 de julio del año 2010 es decir que la misma no podrían ser promulgadas más allá del límite establecido por el Constituyente de la situación fáctica que nos ocupa en el sub examine se extrae que la pensión convencional pretendida exige 50 años si es mujer y 20 años de servicios que la demandante cumplió los 50 años el 7 de mayo del 2011 es decir un año y dos meses después del 31 de julio del 2010 fecha límite impuesta por el acto legislativo 01 del 2005 para el 2005 para acceder a la pensión convencional solicitada razón por la cual este extremo procesal diciente de la decisión del despacho para la época del lleno de los requisitos convencionales la hoy demandante había perdido el derecho que adquirir su estatus pensional pues ya se había configurado la pérdida de vigencia de la convención suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL vigente entre el primero de noviembre del 2001 hasta el 31 de octubre del 2004 entonces las estipulaciones establecidas en las convenciones colectivas del trabajo pretensiones con anterioridad al 25 de julio del 2005 fecha en que entre vigencia el acto legislativo número 01 de ese año continuarían vigentes por el término inicialmente estipulado en las convenciones pero en todo caso la totalidad de aquellas cláusulas expirarían en 31 de julio del 2010 y a partir de dicha fecha los trabajadores únicamente podrán pensionarse en los términos y condiciones establecidas por el sistema general de pensión de pensiones vigente para entonces situación que se materializa en el suple así las cosas la hoy demandante costaba tan solo de una mera expectativa que no puede ser considerada como expectativa legítima al no tener para el 31 de julio del 2010 la edad para ser acreedora de tal pensión cuando ya las pensiones de carácter convencional habían desaparecido sea también el caso y la oportunidad para manifestar que debe recordar que respecto al acto legislativo número 01 de 2005 la corte constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en la sentencia su 55514 en la cual analizó las recomendaciones al gobierno colombiano del Consejo de administración la OIT y respecto a la primera esto es que “adopte las medidas necesarias a fin de que los colectivos que se contienen cláusulas sobre pensiones cuya vigencia va más allá del 31 de julio del 2010 mantengan los efectos hasta su vencimiento concluyo después de analizar correspondiente numeral 3.7 lo siguiente de manera que de manera que la primera recomendación de la OIT no cobija primero los trabajadores que soliciten pensiones consagradas en nuevos pactos o convenciones celebradas después de la entrada en vigencia del acto legislativo o segundo aquellos que cumplen los requisitos para acceder a la prestación convencional con posterioridad 31 de julio del 2010 pues no pueden alegar que esperaban recibir pensiones especiales en la medida que para ese momento ya se encontraban vigentes las nuevas reglas constitucionales por lo tanto sería menos que una expectativa criterio que ha sido zanjado por la Corte Suprema de Justicia cuando analizó la convención y sindicato entre el sindicato en la sentencia el 29 de noviembre del 2011 radicado 39808 reiterada de Sentencia SL 4963 del 2016 radicación 56303 cuando señaló como fecha límite dicha convención la fecha señalada en el acto legislativo 01 de 2005 esto es hasta el 31 de julio del

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que la demandante laboró para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre el 17 de junio de 1980 y el 25 de junio de 2003 desempeñando el cargo de *auxiliar de servicios asistenciales clase II grado 13* en calidad de trabajadora oficial, con interrupciones que suman 24 días (ver certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social y certificación laboral folios 27 y 52, archivo 01 del expediente digital trámite de primera instancia), y (ii) que cumplió 50 años de edad el 7 de mayo de 2011 (ver registro civil de nacimiento y cédula de ciudadanía a folios 8 y 9 ibídem).

Tampoco es materia de discusión que a la demandante, mediante Resolución SUB 137641 del 24 de mayo de 2018, le fue reconocida por COLPENSIONES pensión legal de vejez en cuantía inicial de \$1.258.334, a partir del 7 de mayo de 2018, por encontrar satisfechos los requisitos de que trata la Ley 797 de 2003 (ver archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación y la consulta a favor de la UGPP, corresponde al Tribunal establecer: (i) si la demandante causó o no el derecho a la pensión de jubilación extralegal prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva 2001 – 2004 suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL y, (ii) en dado caso, establecer cuál sería el valor de la mesada.

2010 al encontrarse afectada por dicho acto legislativo siendo este principio coherente con la intención del legislador que estableció el mencionado límite para las reglas pensionales si bien no se desconoce la tendencia ahora de la Corte Suprema de Justicia se señala que contempladas estas situaciones al final del acto legislativo las reglas de carácter pensional en todo caso perderán vigencia el 31 de octubre del 2010 dado que lo que ha tratado desde el año 1993 con la expedición de la ley 100 es la de garantizar en general los ciudadanos la seguridad social y no extender de manera indefinida privilegios para unas pocas personas que afectan los principios de eficiencia universalidad solidaridad integralidad unidad y participación que rigen en el sistema de seguridad social integral así las cosas en lo que tiene que ver con la mesada 14 y la indexación es claro que no existe al no existir el derecho reclamado por la demanda ante no dar lugar al reconocimiento de las demás pretensiones de la demanda por lo anterior dejó sustentado el recurso de apelación y la solicitó de manera respetuosa el honorable tribunal superior Sala Laboral para que en mérito de lo expuesto revoque la decisión proferida en primera instancia y en su lugar se nieguen todas y cada una de las pretensiones de libelo introductorio y muchas gracias su señoría gracias”.

Exp. 34 2019 00150 01

Betty Pineda Delgado contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

(i) Para decidir sobre lo primero (si la demandante causó o no el derecho a la pensión de jubilación extralegal) el Tribunal seguirá el criterio que ha venido expresando en providencias anteriores sobre la aplicación del Acto Legislativo 1 de 2005³, al resolver asuntos similares al presente. Según este criterio, las Convenciones Colectivas de Trabajo en las cuales se reconocían derechos extralegales en materia pensional fueron terminadas por mandato de los parágrafos segundo y tercero, transitorios, del artículo 48 de la Constitución Política. Por ello, los derechos pensionales extralegales que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro por ausencia de fundamento normativo.

Solamente los trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar la pensión tendrán un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido, que por ser así no se podía derogar en normas posteriores.

Aplicando este razonamiento al asunto bajo estudio, se advierte que la Convención Colectiva de trabajo vigente en el periodo 2001-2004, suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL – SINTRASEGURIDADSOCIAL (páginas 57 a 142, archivo 01, carpeta 01 del expediente digital), otorgaba pensión de jubilación a los trabajadores oficiales que tuvieran 20 años de servicios al Instituto y 50 años de edad para las

³ Providencia del 26 junio 2012, Exp. 04 2012 00059 01 de Lucila León Gómez contra el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia MP MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO; Providencia del 29 de agosto de 2012, Exp. 09 2011 00774 01 de Mariana Sánchez González contra la ETB MP DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN; Providencia del 18 septiembre 2012, Exp. 24 2011 00872 01 de Diógenes Duarte Fuentes contra el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia MP MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO; Providencia del 14 febrero 2017, Exp. 04 2015 00988 01 de Aura Marleny Fonseca contra la UGPP, MP MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO; providencia del 4 de octubre de 2017, Exp. 33 2013 00762 01 de Maria Franceli Sotelo Heredia Vs. UGPP; providencia del 27 de febrero de 2018, EXP. 35 2016 00726 01 de Martha Lilia Alarcón Castro Vs. UGPP; providencia del 18 de diciembre de 2018, EXP. 36 2017 00642 01 de Álvaro Romero Pineda Vs UGPP; providencia del 5 de marzo de 2019, EXP. 39 2017 00164 01 de Argemiro Arteaga Bernate Vs. Banco de la República.

mujeres⁴ (página 97 ibídem.) norma que permitía la acumulación de tiempos de servicio a otras entidades de derecho público (página 98, ibíd.)⁵.

No obstante, según reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL 3343 de 2020 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO) la prestación se causa con la acumulación de tiempo y sin referencia a la edad. Para la Corte, la edad es un requisito para la exigibilidad del derecho más no para su causación. En palabras de esa Corporación: *“(...) el derecho pensional puede ser adquirido por los ex trabajadores que al momento del retiro tengan acreditado el tiempo de servicios, pero no la edad. Lo anterior, en tanto si bien el artículo alude a trabajadores oficiales, ello no excluye el beneficio a quienes tuvieron tal condición, pero arribaron a la edad enunciada con posterioridad a la finalización de sus contratos, pues dicha circunstancia no desvirtúa la calidad que una vez tuvieron: la de trabajadores oficiales al servicio de la entidad que, en últimas, es lo que exige la norma referida”*.

Con estas premisas normativas y jurisprudenciales, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones incoadas, pues se demostraron cumplidas las condiciones que contemplaba la norma convencional antes de que perdiera vigencia. El tiempo servido por la demandante como trabajadora oficial corrió entre el 17 de junio de 1980 y el 25 de junio de 2003⁶ (folios 27 y 52, archivo 01) más de los 20 años exigidos para hacerse beneficiaria de la pensión de jubilación convencional que reclama (suma 22 años, 11 meses y 19 días, teniendo en cuenta los 24 días

⁴ El artículo 98 de la Convención Colectiva referida tiene el siguiente tenor literal: *“El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de los percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales: (...) [p]ara quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio (...)”*.

⁵ El artículo 101 de la norma convencional dispone: *“Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrá acumularse para el cómputo de tiempo requerido para poder tener derecho a pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades”*.

⁶ Todo el tiempo trascurrió antes de que perdiera vigencia la convención colectiva por virtud del acto legislativo.

La prestación es exigible a partir del 7 de mayo de 2011, fecha en la que cumplió 50 años (folio 8, archivo 01).

Pasa ahora la Sala a definir, cuál es el valor de la primera mesada pensional y atender con ello los argumentos de la apelación de la demandante y verificar en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la COLPENSIONES si en primera instancia se definió adecuadamente este aspecto de la controversia.

Para este efecto el Tribunal realizó las operaciones aritméticas pertinentes y obtuvo como promedio mensual de lo percibido por la demandante en los 3 últimos años laborales (julio de 2000 a junio de 2003) la suma de \$1.062.883,47⁷, para lo cual se tuvieron en cuenta los factores señalados en el artículo 98 Convencional (asignación básica, la prima de servicios, prima

SALARIOS DEVENGADOS ÚLTIMOS TRES AÑOS														
MES	N° DÍAS	PROMEDIO DEVENGADO												
		Asignación básica	Trabajo nocturno, suplementario y horas extras	Trabajo en días dominicales y feriados	Prima Especial Servicios	Prima de Servicios	Prima de vacaciones	Auxilio de Transporte	Aux. de Alimentación	Retroactivo auxilio de transporte	Retroactivo asignación básica	Retroactivo Prima de Vacaciones	TOTAL	
jul-00	30	\$ 648.861,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 37.297,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 686.158,00
ago-00	30	\$ 648.861,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 722.287,00
sep-00	30	\$ 648.861,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 26.495,00	\$ 27.351,00	\$ 36.129,00	\$ -	\$ -	\$ 738.836,00
oct-00	30	\$ 648.861,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 36.129,00	\$ 32.297,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 717.287,00
nov-00	30	\$ 648.861,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 1.075.686,00	\$ 36.129,00	\$ 32.297,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 1.792.973,00
dic-00	30	\$ 605.604,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 33.720,00	\$ 34.811,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 674.135,00
ene-01	30	\$ 151.401,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 8.430,00	\$ 8.703,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 168.534,00
feb-01	30	\$ 770.768,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00	\$ -	\$ 28.448,00	\$ -	\$ 872.642,00
mar-01	30	\$ 770.768,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 844.194,00
abr-01	30	\$ 693.691,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 32.516,00	\$ 33.567,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 759.774,00
may-01	30	\$ 770.768,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 844.194,00
jun-01	30	\$ 770.768,00	\$ -	\$ -	\$ 458.778,00	\$ 458.778,00	\$ -	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 1.761.750,00
jul-01	30	\$ 770.768,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 844.194,00
ago-01	30	\$ 770.768,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 844.194,00
sep-01	30	\$ 770.768,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 844.194,00
oct-01	30	\$ 770.768,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 844.194,00
nov-01	30	\$ 770.768,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 844.194,00
dic-01	30	\$ 645.518,00	\$ -	\$ -	\$ 466.628,00	\$ 466.628,00	\$ 1.456.363,00	\$ 30.108,00	\$ 31.081,00	\$ -	\$ 3.853,00	\$ -	\$ -	\$ 3.100.179,00
ene-02	30	\$ 166.776,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 7.779,00	\$ 8.030,00	\$ -	\$ -	\$ 79.011,00	\$ -	\$ 261.596,00
feb-02	30	\$ 833.879,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 912.922,00
mar-02	30	\$ 833.879,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 912.922,00
abr-02	30	\$ 833.879,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 912.922,00
may-02	30	\$ 833.879,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 912.922,00
jun-02	30	\$ 833.879,00	\$ -	\$ -	\$ 620.256,00	\$ 620.256,00	\$ -	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 2.153.434,00
jul-02	30	\$ 833.879,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 912.922,00
ago-02	30	\$ 750.491,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 35.004,00	\$ 36.135,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 821.630,00
sep-02	30	\$ 833.879,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 912.922,00
oct-02	30	\$ 833.879,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 912.922,00
nov-02	30	\$ 833.879,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 38.892,00	\$ 40.150,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 912.921,00
dic-02	30	\$ 833.879,00	\$ -	\$ -	\$ 498.406,00	\$ 498.406,00	\$ 1.562.482,00	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 3.472.216,00
ene-03	30	\$ 148.695,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 6.935,00	\$ 7.159,00	\$ -	\$ -	\$ 77.717,00	\$ 240.506,00
feb-03	30	\$ 892.167,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 41.612,00	\$ 42.956,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 976.735,00
mar-03	30	\$ 802.850,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 37.451,00	\$ 38.660,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 878.961,00
abr-03	30	\$ 892.167,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 41.612,00	\$ 42.956,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 976.735,00
may-03	30	\$ 892.167,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 41.612,00	\$ 42.956,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 976.735,00
jun-03	30	\$ 892.167,00	\$ -	\$ -	\$ 660.617,00	\$ 660.617,00	\$ -	\$ 41.612,00	\$ 42.956,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 2.297.969,00
T. DIAS	1080	SUMATORIA DEVENGADOS												\$ 38.263.805,00
		PROMEDIO DEVENGADO												\$ 1.062.883,47

especial de servicios, la prima de vacaciones, el auxilio de alimentación y el auxilio de transporte⁸), según la certificación acumulada de pagos expedida por el PAR ISS (ver folios 28 a 45 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia), cifra que resulta inferior a la definida por el juzgado en la parte considerativa de la sentencia -\$1.075.753-. Dicho ingreso base de liquidación debe ser indexado multiplicando el valor histórico (Rh), que es el salario promedio referido, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la última anualidad anterior a la fecha de disfrute de la pensión), por el índice inicial, es decir el vigente en la anualidad anterior a fecha en que terminó la relación de trabajo.

De tal operación se obtiene un salario actualizado de \$1.566.702,61. A este valor se le aplica el porcentaje de 100%, lo que arroja como resultado la suma de **\$1.566.702,61** como valor de la primera mesada de pensión de jubilación restringida para el 7 de mayo de 2011.

De acuerdo a lo dicho, la Sala anunciará en la parte resolutive el valor concreto de la primera mesada advirtiendo que la UGPP debe garantizar que la demandante reciba cada mes el valor que corresponda (reajustando la prestación anualmente), descontando las sumas quien haya pagado COLPENSIONES como pensión de vejez, pues, como lo declaró el juzgado, la prestación extralegal tiene el carácter de *compartida* con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES en favor de la demandante. Así lo ordena el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 al disponer que las pensiones reconocidas en forma *voluntaria* con posterioridad a octubre del año 1985 tienen el carácter de compartidas con las pensiones de vejez que otorgue en el futuro el Sistema, y así lo ratifica el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 al asignar a las *pensiones extralegales* –en general- el carácter de compartidas.

⁸ Página 123 archivo No. 001 del expediente digital, trámite de primera instancia: “**Artículo 98: Pensión de Jubilación**
(...)”

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. *Asignación básica mensual*
- b. *Prima de servicios y vacaciones*
- c. *Auxilio de Alimentación y Transporte*
- d. *Valor trabajo nocturno, suplementario y horas extras.*
- e. *Valor del trabajo en días dominicales y feriados.*

(...)”

Exp. 34 2019 00150 01

Betty Pineda Delgado contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

Por prescripción, procede el pago de las diferencias a partir del 3 de octubre de 2014, pues sobre la acción para el pago de mesadas anteriores operó dicho fenómeno. El término se interrumpió con la reclamación pensional elevada el 3 de octubre de 2017 (folio 18 archivo 01 del expediente digital) y la demanda se presentó el 22 de febrero de 2019 (folio 157 archivo 01 del expediente digital).

Procede la indexación de las mesadas adeudadas a la fecha del pago, como lo procura la demandante en el recurso, como quiera que mantener su valor adquisitivo constituye una garantía constitucional⁹. Se adicionará en este sentido la sentencia de primera instancia.

La pensión se debe pagar en 14 mesadas pues, bajo el criterio jurisprudencial de la Corte, se causó el 25 de junio de 2003 antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que dispuso la extinción del derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia para DECLARAR que el valor de mesada pensional a cargo de la UGPP ascendía a **\$1.561.010,14** para el 7 de mayo de 2011.
2. **ADICIONAR** los numerales TERCERO y CUARTO en el sentido de disponer que el pago de las diferencias adeudadas debe efectuarse debidamente indexado.
3. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL359-2021 Rad. 86405 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Exp. 34 2019 00150 01
Betty Pineda Delgado contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

4. SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 36 2021 00231 01

Jacques Ange Marien Robert Des Grottes contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JACQUES ANGE MARIEN ROBERT DES
GROTTESS CONTRA LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última, la sentencia dictada el 27 de abril del 2023 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por Colpensiones.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JACQUES ANGE MARIEN ROBERT DES GROTTESS 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 que ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida y que las cotizaciones efectuadas de forma errada en el año 2000 no constituyen un traslado de régimen. Solicita que se declare que la *multivinculación* quedó resuelta en el año 2015 y que lo resuelto en el comité del año 2020 es ilegal. En virtud de lo anterior pide que condene a PROTECCIÓN a trasladar las cotizaciones y rendimientos a COLPENSIONES, y que esta última proceda con la normalización de su historia laboral y el reconocimiento pensional a partir del retiro (ver demanda

EXP. 36 2021 00231 01

Jacques Ange Marien Robert Des Grottes contra Colpensiones y otro.

páginas 6 a 16 archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas contestaron la demanda a través de apoderado para la litis.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Afirma que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y por eso es la AFP PROTECCIÓN la encargada del reconocimiento de las prestaciones a que tenga derecho. En relación con los dos comités de vinculación realizados el 31 de julio de 2015 y el 15 de julio de 2020 que revocó lo decidido en el primero, aduce que tienen plenos efectos legales y el demandante no hizo uso de la facultad para presentar pruebas. En su defensa propuso las excepciones de *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, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica* (ver contestación folios 3 a 15 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S. A., se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda. Afirma que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, vinculación que fue ratificada mediante trámite de múltiple vinculación del 17 de junio de 2020. Dijo que el traslado es un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se prueba con el formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Sostiene que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no puede ser motivo de nulidad al estar contemplada en la Ley 100 de 1993, y que el demandante pudo regresar al RPM, pero no lo hizo. Presentó como excepciones las *de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica* (ver contestación folios 3 a 31 del archivo 08 y

EXP. 36 2021 00231 01

Jacques Ange Marien Robert Des Grottes contra Colpensiones y otro.

subsanción de la contestación archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de abril de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPM en concordancia con el comité de *multiafiliación* celebrado el 31 de julio de 2015 y ordenó a COLPENSIONES que una vez cuente con la historia laboral consolidada efectúe el estudio de reconocimiento pensional. Fundamento su decisión en el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 3995 de 2008 que permite aplicar por una sola vez las reglas para determinar la validez de una afiliación, lo que ocurrió en el año 2015 al encontrar al demandante válidamente afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES. Frente al reconocimiento pensional considero que el demandante acredita el requisito de edad y de densidad de semanas, sin embargo, queda por definir la desafiliación del sistema, por lo que COLPENSIONES una vez se haga efectivo el traslado debe estudiar y decidir el reconocimiento pensional conforme a los preceptos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

La parte resolutive de dicha sentencia, según el acta anexa, tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO DECLARAR que el señor JACQUES ANGE MARIEN ROBERT DES GROTTE se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES conforme lo dispuesto en esta sentencia y en concordancia con lo que se definió en el comité multivinculación del 17 de junio del 2020. SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN a normalizar la afiliación del actor en el sistema de información de los afiliados al sistema de fondos de pensiones SIAFP y trasladar a COLPENSIONES la suma recibida por motivo de la afiliación y que desde un inicio debieron ingresar fue al régimen de prima media CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir e imputar una vez recibido los aportes a la historia laboral del demandante la cual deberá ser debidamente consolidada y actualizada QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES una vez cuente con la historia laboral consolidada el estudio del derecho pensional. SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN y a COLPENSIONES, liquídese como agencias en derecho de la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a Prorrata SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el superior la presente decisión a favor de COLPENSIONES según las reglas del artículo 69 del*

EXP. 36 2021 00231 01

Jacques Ange Marien Robert Des Grottes contra Colpensiones y otro.

Código de procedimiento del trabajo y la seguridad social” (Audiencia virtual, récord 17:31 archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada del demandante pide que sea reconocida la pensión de vejez. Afirma que se acreditaron los requisitos legales como quiera que cuenta con más de 1300 semanas de cotizaciones y tiene 62 años de edad. Afirma que *la fecha de retiro del sistema es el momento de causación del derecho, esto es, el 31 de agosto del año 2016, entonces no hay razón para dilatar el reconocimiento a que tiene derecho el demandante*¹ (Audiencia virtual, récord 19:18 archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias señora Juez contra la decisión que usted acaba de proferir me permito interponer recurso de apelación el cual sustento de la siguiente manera: Manifiesta la señora Juez que no fue posible determinar que al señor Grotess ya reúne los requisitos para concederle la pensión de vejes que en el expediente obra historia laboral folios 21 a 20 expedida por Colpensiones el 23 de abril del año 2018 historia laboral que no fue objetada por Colpensiones, es un documento público que es un documento que reviste toda legalidad y que fue aportado al expediente historia laboral que fue expedida antes de que Colpensiones y Protección decidieran efectuar un segundo comité esa historia laboral nos da cuenta de un total de 1.018 semanas cotizadas al régimen de prima media por el señor Grotess. De igual forma obra en el expediente el certificado CETIL de los tiempos públicos que el señor laboro y apporto a otras cajas debidamente reconocidos por Colpensiones. En historia laboral que también obra en el expediente en donde ya dice la oficina de bonos pensionales reconoció estos tiempos, sumados estos tiempos reconocidos tanto por Colpensiones como por la oficina de bonos pensionales siendo varios también los certificados en tiempo CETIL quedo plenamente demostrado que el señor de Grotess tiene 1325 semanas, la norma, la Ley 797 del año 2003 nos dice que en el régimen de prima media se requieren 1300 semanas para tener derecho a la pensión, requisito que está plenamente demostrado. También está demostrado con el registro civil de nacimiento que obra a folio 164 del expediente que el señor para el año 2016 fecha en que hizo su última cotización, fecha en que se refería en la historia laboral, se registró la novedad de retiro y tenía más de 62 años, entonces es claro que el señor cumple con los requisitos, cuales requisitos el de tener 62 años y el de las semanas tiene más de 1300 semanas, tiene 1325, no se han objetado las pruebas que obran en el expediente no se ha objetado la fecha de retiro que es el momento de causación del derecho, 31 de agosto del año 2016, entonces es claro que el señor tiene derecho por que hay ahora otras historias en el expediente por que a raíz de ese comité que se efectuó de manera arbitraria y causándole un gran perjuicio al demandante se trasladaron esas semanas para Protección pero en la misma historia que aporta Protección al expediente se observa que tiene 1046 semanas luego es claro que el señor cumple con el requisito de las semanas, cumple con el requisito de la edad, cumple con la novedad de retiro luego se dan los elementos para que se ordene el reconocimiento de la pensión sin más dilaciones sin esperar a que Colpensiones y el fondo se tomen no sé cuántos meses más para normalizar la historia del señor sin tener que exponerla que se espere no sé cuántos meses más para que le reconozcan una pensión que debió ser reconocida desde 2016 no es justo que una persona que no ha hecho nada más que cumplir con la ley por el simple capricho de los fondos de Colpensiones y de Protección hoy se le siga dilatando su derecho a disfrutar desde este momento de una pensión. Por tanto, ruego a los honorables magistrados modificar la decisión en cuanto a que se le ordene a Colpensiones que proceda de manera inmediata al reconocimiento y pago de la pensión del señor demandante muchas gracias, señora Juez.”

EXP. 36 2021 00231 01

Jacques Ange Marien Robert Des Grottes contra Colpensiones y otro.

En el recurso, COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Afirma que la afiliación del demandante permaneció en el RAIS conforme a la información que se pudo obtener, discutir y que emergió de los diversos comités de multi vinculación² (Audiencia virtual, récord 24:35 archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que mediante comité de multi vinculación celebrado el 31 de julio de 2015 realizado por COLPENSIONES y PROTECCIÓN, se resolvió que el demandante se encontraba válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y (ii) que el 17 de julio de 2020 las demandadas realizaron un segundo comité de vinculación en el cual revocaron la decisión anterior y señalaron que el demandante está válidamente afiliado al RAIS en la AFP PROTECCIÓN.

El Tribunal debe definir (i) si el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPM, como lo definió la sentencia apelada, y en dado caso (ii) si procede o no el reconocimiento pensional.

(i) MULTI VINCULACIÓN. Para resolver lo primero, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, permiten a los afiliados al Sistema General de Pensiones la libre escogencia de régimen pensional, y la posibilidad de trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada tres (3) años³.

² “Muchas gracias señora Juez de manera muy respetuosa me permito presentar recurso de apelación frente a la decisión proferida por el despacho y esto por directriz expresa de Colpensiones en el entendido de que para la entidad de la afiliación del señor demandante estaba dirigida y permaneció así en el tiempo o por lo menos en el tiempo reciente en la AFP Protección en el régimen de ahorro individual con solidaridad y conforme a la información que se pudo por lo menos obtener y discutir y que emergió de los diversos comités por lo menos el traslado del régimen abandonando en el régimen de prima media hacia el régimen de individual acaeció para el 31 de diciembre del año 2019. Así las cosas estima Colpensiones de que no se dieron los presupuestos para que se genere esa decisión de que el demandante jamás abandonó el régimen de prima media y deba retornar los diversos aportes esgrimidos a Protección por lo cual dicha afiliación debía permanecer totalmente incólume a la AFP codemandada así las cosas espera Colpensiones que el honorable Tribunal prevea la determinación de carácter condenatorio para la entidad que es el régimen de primaria con prestación definida y absuelva a la misma. Muchas gracias.”

EXP. 36 2021 00231 01

Jacques Ange Marien Robert Des Grottes contra Colpensiones y otro.

Advierten las normas que, en caso de presentarse una situación de múltiple vinculación tendrá validez *“la última vinculación efectuada dentro de los términos legales”* y se debe *“transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria”*.

Dicho criterio normativo fue reiterado en el artículo 2º del decreto 3995 de 2008, norma incorporada en el Decreto 1833 de 2016 que compila las reglas del Sistema General de Pensiones, inciso 2º estableció, además, que las reglas *“para definir a qué régimen pensional está válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez (...)”*.

Sobre la materia se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En la sentencia SL 4777 de 2019, esa Corporación concluyó que *“de cara a lo dispuesto en las normas legales y reglamentarias que gobiernan el tema, la vinculación que cumple con las condiciones y requisitos legales es la que determina para el afiliado el derecho a reclamar las prestaciones cuando ocurra el correspondiente siniestro asegurado. Al mismo tiempo, esa vinculación genera la correlativa obligación de la entidad administradora de cubrir el riesgo. Como no puede haber sino una afiliación válida, la expresión múltiple vinculación, en este caso, no pasa de ser una suerte de explicación gráfica. El pago equivocado de las cotizaciones a una entidad administradora no produce la consecuencia jurídica alegada por la demandada PORVENIR y en el orden puramente administrativo se resuelve con la devolución de las cotizaciones”* (M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN, citada a su vez en la sentencia SL 3685 de 2020).

Con los anteriores presupuestos normativos y jurisprudenciales, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que declaró válida la afiliación del demandante en el RPM, pues el comité de múltiple vinculación celebrado el 31 de julio de 2015 aplicó las reglas pertinentes por única vez -como señala la norma-, y definió con ello válida la vinculación del demandante en el RPM. Así las cosas, la modificación posterior de la decisión sobre la misma controversia contravino lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 3995 de 2008. El trámite efectuado en el año 2020 se debió desestimar, pues

EXP. 36 2021 00231 01

Jacques Ange Marien Robert Des Grottes contra Colpensiones y otro.

tal controversia ya estaba resuelta y no se podía plantear nuevamente en los términos del inciso 2º artículo 5º del Decreto 3995 de 2008³.

No sobra señalar, además, que la decisión adoptada en el comité celebrado el 31 de julio de 2015, fue acertada. Lo anterior porque el artículo 2º del Decreto 3995 de 2008 dispone, para casos como el que se definió entonces, que se debía tener como válida la vinculación en la administradora que hubiera recibido el mayor número de cotizaciones entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007. Si bien en ese lapso el demandante realizó igual número de aportes a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN por que se hicieron de manera simultánea, lo cierto es que había cotizado un número muy superior de semanas (421,7) en el RPM, y de todas formas, no se demostró en el proceso que hubiese manifestado alguna vez su voluntad de afiliarse al RAIS.

Si bien en la historia laboral de PROTECCIÓN aparecen cotizaciones desde el año 2000, el demandante afirma que esta situación se generó por decisión de quien fue su empleador en la época -la Asociación Colombo Francesa- de manera inconsulta y errada. La voluntad del demandante de permanecer en el RPM resulta clara de los aportes que realizó a COLPENSIONES desde el año 1986 hasta agosto de 2016, como se desprende de la historia laboral expedida por esa administradora actualizado a 23 de febrero de 2018 (ver archivo GEN-DOA-DA-2018_2213 expediente administrativo), lo que excluye la figura de una aceptación tácita de afiliación al RAIS.

Para llegar a una conclusión contraria, PROTECCIÓN debió aportar al expediente el formulario de afiliación diligenciado por el demandante en el cual constara la decisión clara y expresa de vincularse en el RAIS, lo que no ocurrió.

(ii) PENSIÓN DE VEJEZ. Resuelto lo anterior, se debe resolver la petición del demandante para que le sea reconocida la pensión de vejez.

Para este efecto el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, dispone el acceso a pensión de vejez para los hombres que cumplan 62 años de edad, si acreditan: *“haber cotizado un*

³ Por otra parte, salvo las situaciones planteadas en el inciso anterior, cuando se realicen cotizaciones a cualquier administradora distinta de la seleccionada válidamente por el afiliado, se debe proceder a regularizar la situación, trasladando las cotizaciones y la información a la administradora seleccionada válidamente y a la cual se encuentra vinculado el afiliado, atendiendo el artículo 10 del Decreto 1161 de 1994.

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”.

Bajo esta regla se demostró que el demandante cumplió 62 años el 2 de agosto de 2012 (nació el 2 de agosto de 1950 - ver página 169 archivo 01 trámite de primera instancia expediente digital), y que efectuó cotizaciones por 1333.29 semanas en toda su vida laboral. Con ello causó el derecho a la pensión de vejez.

Las semanas a considerar para el reconocimiento del derecho y los IBC reportados, se obtienen de la historia laboral de PROTECCIÓN, aportada con la contestación de la demanda (ver páginas 65 a 75 archivo 08 trámite de primera instancia del expediente digital), de la historia laboral allegada por COLPENSIONES (ver archivo 18 trámite de primera instancia del expediente digital), y de los certificados CETIL sobre el tiempo transcurrido entre el 10 de febrero de 1986 y el 30 de enero de 1992 (ver páginas 19 a 23 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital)..

Efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes se obtuvo como valor de la primera mesada \$3.088.152.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1986	325	2,380	88,05	36,996	\$ 9.609,21	\$ 355.500,48	\$ 3.851.255,21
1987	365	2,880	88,05	30,573	\$ 16.711,67	\$ 510.924,53	\$ 6.216.248,47
1988	366	3,580	88,05	24,595	\$ 28.012,56	\$ 688.968,20	\$ 8.405.412,05
1989	365	4,580	88,05	19,225	\$ 52.476,96	\$ 1.008.863,91	\$ 12.274.510,92
1990	335	5,780	88,05	15,234	\$ 62.165,79	\$ 947.006,56	\$ 10.574.906,56
1991	365	7,650	88,05	11,510	\$ 67.071,23	\$ 771.976,74	\$ 9.392.383,66
1992	30	9,700	88,05	9,077	\$ 67.000,00	\$ 608.180,41	\$ 608.180,41
1996	120	21,800	88,05	4,039	\$ 1.187.800,00	\$ 4.797.513,30	\$ 19.190.053,21
1997	360	26,520	88,05	3,320	\$ 1.332.272,50	\$ 4.423.325,55	\$ 53.079.906,62
1998	360	31,210	88,05	2,821	\$ 1.347.221,33	\$ 3.800.795,85	\$ 45.609.550,17
1999	358	36,420	88,05	2,418	\$ 1.328.221,41	\$ 3.211.144,85	\$ 38.319.661,88
2000	359	39,790	88,05	2,213	\$ 2.585.150,06	\$ 5.720.594,68	\$ 68.456.449,70
2001	360	43,270	88,05	2,035	\$ 1.695.416,67	\$ 3.449.998,56	\$ 41.399.982,67

EXP. 36 2021 00231 01
Jacques Ange Marien Robert Des Grottes contra Colpensiones y otro.

2002	360	46,580	88,05	1,890	\$ 1.954.333,33	\$ 3.694.269,00	\$ 44.331.227,99
2003	355	49,830	88,05	1,767	\$ 2.075.774,65	\$ 3.667.910,05	\$ 43.403.602,25
2004	357	53,070	88,05	1,659	\$ 2.298.358,54	\$ 3.813.274,35	\$ 45.377.964,76
2005	357	55,990	88,05	1,573	\$ 2.521.526,61	\$ 3.965.358,42	\$ 47.187.765,23
2006	359	58,700	88,05	1,500	\$ 2.780.596,10	\$ 4.170.894,15	\$ 49.911.700,00
2007	360	61,330	88,05	1,436	\$ 3.054.000,00	\$ 4.384.554,05	\$ 52.614.648,62
2008	360	64,820	88,05	1,358	\$ 3.306.083,33	\$ 4.490.907,71	\$ 53.890.892,47
2009	357	69,800	88,05	1,261	\$ 3.686.126,05	\$ 4.649.905,43	\$ 55.333.874,57
2010	357	71,200	88,05	1,237	\$ 3.927.408,96	\$ 4.856.858,98	\$ 57.796.621,84
2011	356	73,450	88,05	1,199	\$ 4.115.337,08	\$ 4.933.361,88	\$ 58.542.560,93
2012	360	76,190	88,05	1,156	\$ 4.406.000,00	\$ 5.091.853,26	\$ 61.102.239,14
2013	360	78,050	88,05	1,128	\$ 4.687.916,67	\$ 5.288.546,60	\$ 63.462.559,26
2014	360	79,560	88,05	1,107	\$ 4.945.000,00	\$ 5.472.690,42	\$ 65.672.285,07
2015	360	82,470	88,05	1,068	\$ 5.236.416,67	\$ 5.590.717,69	\$ 67.088.612,22
2016	240	88,050	88,05	1,000	\$ 5.659.625,00	\$ 5.659.625,00	\$ 45.277.000,00

	IBL TODA LA VIDA	IBL ÚLTIMOS 10 AÑOS
TOTAL DÍAS TRABAJADOS	9326	3600
TOTAL SALARIO	\$ 1.128.372.056	\$ 598.857.794
PROMEDIO SALARIO MENSUAL	\$ 3.629.762	\$ 4.990.482
TASA DE REEMPLAZO	62.87%	61.88%
VALOR MESADA PENSIONAL (2016)	\$2.2810.946	\$3.088.152

Tomando el IBL de los últimos 10 años de cotización que asciende a \$ 4.990.482, con una tasa de reemplazo de 61.88%, arroja una mesada pensional para el año 2016 de **\$3.088.152, causada** a partir del 1º de septiembre de 2016 siguiente al de la última cotización ante COLPENSIONES, fecha que coincide -además- con la novedad de retiro reportada a esa administradora según la historia laboral actualizada a 23 de abril de 2018 (ver páginas 26 a 34 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

No obstante, se advierte que operó la prescripción frente a las mesadas causadas antes del 19 de junio de 2017, tres años antes de la presentación de la reclamación administrativa con la que se interrumpió el término prescriptivo (19 de junio de 2020 – ver página 170 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente administrativo). La demanda se presentó el 28 de mayor de 2021

Se condenará entonces a COLPENSIONES al pago de la pensión de vejez a favor de JACQUES ANGE MARIEN ROBERT DES GROTTEs, a partir del 19 de junio de 2017, en cuantía inicial de \$3.265.721, y las mesadas posteriores en los valores que se obtienen de la siguiente tabla.

EXP. 36 2021 00231 01
Jacques Ange Marien Robert Des Grottes contra Colpensiones y otro.

Año	Incremento %	Valor mesada
2016	6,77%	\$ 3.088.152,46
2017	5,75%	\$ 3.265.721,00
2018	4,09%	\$ 3.399.289,00
2019	3,18%	\$ 3.507.386,00
2020	3,80%	\$ 3.640.667,00
2021	1,61%	\$ 3.699.282,00
2022	5,62%	\$ 3.907.182,00
2023	13,12%	\$ 4.419.804,00

Se impartirá condena por indexación, con base en la formula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. Esto último porque la indexación es la forma de contrarrestar las ineludibles consecuencias del fenómeno inflacionario que reduce el poder de compra del dinero.

Contrario a lo argumentado por la *a quo* para diferir el reconocimiento pensional, considera esta Sala, como ya se explicó, que además de concurrir los requisitos de causación y exigibilidad de la pensión de vejez a favor del demandante, también se tiene certeza de su retiro del sistema.

Además, resulta clara la omisión de COLPENSIONES en reconocer la vinculación del demandante al RPM al plantear y discutir nuevamente una situación de multi vinculación que ya había sido bien resuelta, omisión de la cual no se pueden generar consecuencias desfavorables para el afiliado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES.

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

RESUELVE

- 1. **REVOCAR** el numeral QUINTO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión

EXP. 36 2021 00231 01

Jacques Ange Marien Robert Des Grottes contra Colpensiones y otro.

de vejez a favor de JACQUES ANGE MARIEN ROBERT DES GROTTEES, efectiva a partir del 19 de junio de 2017, en cuantía de \$3.265.721 mensuales. Las mesadas adeudadas se deben pagar debidamente indexadas.

2. CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

3. COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

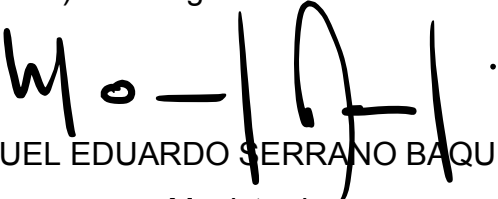
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


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 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 JESÚS ANTONIO HERRERA RAMOS CONTRA
SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y ETB S.A. E.S.P.**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación presentado por el demandante, contra la sentencia dictada el 8 de febrero de 2023 por el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que se le DECLARÓ probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo, y ABSOLVIÓ a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JESÚS ANTONIO HERRERA RAMOS presentó demanda en contra de la SILEC COMUNICACIONES S.A.S. y ETB S.A. E.S.P., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo con la ETB S.A. E.S.P. en el periodo comprendido entre el 13 de enero de 2015 al 25 de junio de 2015; en consecuencia pide que se ordene el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios y sanción moratoria, y se condene de manera solidaria a SILEC COMUNICACIONES S.A.S.- De manera subsidiaria solicita que se declare la existencia de una relación laboral con SILEC COMUNICACIONES S.A.S. y la responsabilidad solidaria de la ETB S.A. E.S.P.

Como sustento de sus pretensiones afirma que prestó servicios de forma personal como asesor comercial a favor de SILEC COMUNICACIONES entre el 13 de enero y el 25 de junio de 2015, en las instalaciones y con las herramientas de trabajo de la demandada E.T.B. S.A. E.S.P. y eventualmente de SILEC, cumpliendo horario y bajo las órdenes de personal adscrito a la ETB. Aduce que se suscribió con SILEC COMUNICACIONES S.A.S un contrato de corretaje, promoción y venta de productos de telecomunicaciones, pero en realidad se ejecutó un contrato de trabajo en beneficio de la ETB S.A. E.S.P. Indicó que al final de la relación no le fueron pagadas prestaciones sociales ni vacaciones. (ver demanda páginas 5 a 17 archivo 01 y reforma de la demanda páginas 243 a 253 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la ETB S.A E.S.P. a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que no existió un vínculo de naturaleza laboral con el demandante. Aduce no haber ejercido actos de subordinación hacia las personas que eran contratadas por SILEC COMUNICACIONES, pues esta última fue autónoma en la vinculación de su personal, y que el contrato con esta sociedad es de naturaleza comercial y lo ejecutó con autonomía técnica y administrativa. También se opuso a la declaratoria de responsabilidad solidaria al no cumplirse los presupuestos del art. 34 del CST, pues el actor no cumplió actividades propias del objeto social de la ETB. En su defensa propuso la excepción previa de *falta de competencia por no presentación de la reclamación administrativa*, y las excepciones de fondo que denominó *inexistencia de solidaridad, inexistencia de contrato de trabajo, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, ausencia de causa, compensación y genérica* (ver contestación páginas 63 a 76 archivo 01 y contestación a la reforma páginas 257 a 270 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada también la sociedad SILEC COMUNICACIONES S.A.S. de la demanda, se opuso a las pretensiones. Afirma que participó en procesos de contratación con la ETB en virtud de lo cual le fueron otorgados contratos para

la comercialización y ventas de productos y servicios de Telecomunicaciones bajo su propio riesgo y responsabilidad. Dijo que suscribió con el demandante un contrato de corretaje, para que, de forma independiente, autónoma y bajo su propia cuenta y riesgo, gestionara la venta de productos de telecomunicaciones. Considera que ETB no es solidariamente responsable por los contratistas que vinculó el agente comercial, por no reunirse los presupuestos para la aplicación del artículo 34 del CPT y SS. En su defensa propuso la excepción previa de *falta de competencia por no presentación de la reclamación administrativa y compromiso*, y las excepciones de fondo que denominó *inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe contractual en la ejecución de las obligaciones pactadas, temeridad y mala fe y la genérica*. (ver página 205 a 221 archivo 01 y contestación a la reforma páginas 271 a 287 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el término de traslado, las demandadas ETB S.A E.S.P. y SILEC COMUNICACIONES S.A.S. llamaron en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A. (ver página 63 a 76 y 205 a 221 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia), llamamiento que fue admitido por auto del 9 de febrero de 2018 (ver páginas 254 a 256 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Enterada del llamamiento en garantía, la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Indicó que lo pretendido carece de fundamento factico y jurídico si se tiene en cuenta que la labor desarrollada por el demandante no es una actividad directamente relacionada con el objeto de la E.T.B. S.A. E.S.P. y por ello no existe responsabilidad directa ni solidaria. El contrato por el cual se vinculó al demandante es de carácter comercial y no se encuentra amparado por la póliza con la cual se vincula a la aseguradora a estas diligencias. Propuso como excepciones las que denominó *inexistencia de solidaridad en cabeza de la empresa de telecomunicaciones de BOGOTÁ S.A ESP, incumplimiento de los requisitos exigidos para realizar el llamamiento en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A., inexistencia de cobertura contratos de carácter civil o*

comercial en la póliza de cumplimiento particular no. 14-45-101031358, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular no. 14-45101031358, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por el concepto de vacaciones, imposibilidad de afectar de las pólizas de cumplimiento particular por indemnizaciones, imposibilidad de hacer extensivo el elemento de mala fe, subrogación, compensación, inexistencia de intereses moratorios, prescripción, límite de la responsabilidad y la genérica (ver páginas 61 a 79 archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de febrero de 2023 que absolvió a las demandadas y a la aseguradora de las pretensiones invocadas en su contra. Para el efecto estimó probada la prestación del servicio y la ausencia de subordinación pues fue el mismo demandante cuando se desempeñó como coordinador quien exigió el cumplimiento de horario, en lo que tiene que ver con la asignación de zonas, podía salirse de la zona prevista previa autorización, y frente a la imposición de una tabla de precios dijo que correspondía a labores de coordinación en la prestación del servicio.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo en consecuencia, ABSOLVER a las demandadas SILEC COMUNICACIONES S.A.S., y la empresa de TELECOMUNICACIONES. de Bogotá, ETB S.A, y la aseguradora de todas y cada una de las peticiones invocadas en su contra por parte del demandante, señor JESÚS ANTONIO HERRERA RAMOS, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. SEGUNDO: COSTAS en el presente proceso, cargo de la parte ACTORA, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a \$300.000 mil pesos a favor de cada una de las empresas demandadas, sin costas de la llamada en garantía,”* (Audiencia virtual, archivo 29 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 31:04).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada del demandante pide que se revoque la sentencia y se declare la existencia del contrato. Aduce que se demostraron sus elementos esenciales: la prestación del servicio, la subordinación y la remuneración. Asegura que los interrogatorios de parte y los testimonios, además de demostrar la prestación del servicio prueban la subordinación, pues el demandante debía presentarse la inicio y final de la jornada a recoger y dejar los formularios, debía cumplir el horario establecido so pena de llamado de atención verbal, debía utilizar el uniforme que suministraba la empresa, portar el carné entregado, y cumplir con las metas establecidas en las zonas asignadas. No había autonomía pues el demandante debía ofertar los servicios en las condiciones establecidas por ETB y podía ser objeto de sanciones ante el incumplimiento de las condiciones, el horario o en casos de ausencia. Agregó que se debe tener a ETB como obligada solidaria de las condenas por ser la beneficiaria de la obra. En caso de acceder a las pretensiones subsidiarias pide que se declare que SILEC es responsable solidaria¹ (Audiencia virtual, archivo 035 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 47:19).

¹ “Gracias, su Señoría de manera respetuosa, me permitió interponer recurso de apelación contra la presente providencia bajo los siguientes argumentos, es señalar su Señoría, que, tal y como lo mencionó el despacho, efectivamente se demostró que el señor Jesús, presto de manera personal sus servicios en favor de exigir a la empresa de ETB y que en consecuencia esto nos coloca bajo los parámetros o los puntos establecidos en el artículo 24 del Código sustantivo del trabajo, y no es otra cosa que se presuma que existen una relación laboral entre las partes, tratándose la carga probatoria la entidad demandada, quien debe desvirtuar tal presunción contrario lo considerado por el despacho, quien les habla considera que con el material probatorio recaudado, esto es la declaración de parte el demandante, el interrogatorio de parte del representante legal de SILEC y los testigos, recepcionados, el señor Jhon Fabio y Pedro se demuestra más allá de toda duda razonable que los que realmente aconteció fue una relación laboral al haber demostrado los 3 elementos que exige el Código sustantivo del trabajo artículo 23, para que medie un contrato de trabajo, esto es la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación para el efecto ya como lo mencionamos, todos fueron contestes al señalar que el señor Jesús, presto de manera personal los servicios que fue contratado exclusivamente para comercializar productos de ETB consecuencia, pues este elemento queda comprobado, en cuanto a la remuneración conforme el material probatorio allegado por las entidades demandada existe una relación de los pagos entregados con ocasión o, como le remuneración directa de la labor desarrollada por el señor Jesús en consecuencia, pues el segundo elemento queda comprobado, en cuanto a la subordinación, que es el elementos que el despacho considera que no se demostró debemos señalar que el interrogante parte del señor representante de SILEC este confiesa que el demandante debía asistir en horas de la mañana para recoger los contratos que debía llenar conforme a las ventas que hubiese realizado y en horas de la tarde finalizar su jornada que fueron las palabras textuales de él, debía entregar a la empresa SILEC los contratos con el lleno de requisitos para formalizar la venta y adicional a eso entregar los contratos que hubiesen sido, qué quedasen en blanco, si esto no fuese suficiente su señoría todos los testigos fueron consientes a señalar que existieron otros actos de subordinación, tales como fue el horario, que si bien es cierto el horario fue impuesto por los representantes de SILEC adicional a esto que les

exigían el que para corroborar el cumplimiento de de este elemento del horario, entonces toma una foto que decir ya a través de la cual verificaba la asistencia de todos y cada uno de ellos y que al finalizar su jornada laboral debían hacer el mismo procedimiento de tomar una foto y remitir en la empresa. Para determinar si efectivamente habían cumplido con el horario puesto y adicional a eso que en el evento que no se llegase a cumplir con el horario, después llegarán tarde, se les habían llamado de atención verbales en el que con llevaban a una posible sanción, fuese que no les permitía trabajar el día el descuento de ese día respectivo y adicional a eso, el descuento de dominical adicional a eso su señoría le impusieron unos uniformes los cuales eran un pantalón de dril y 2 chaquetas una azul y una naranja que tenían el logos distintivos de la ETB, un Carnet con el cual ello se identificaran como vendedores de la ETB, donde estaba la foto de él y las palabras y los logos de la ETB, que adicional a eso deberían someterse a unos productos a unos precios especificados impuestos por la por ETB posible SILEC, según la tabla que les había entregado a ellos, que adicional a eso no podían ofrecer el servicio en el lugar que ellos desearán, sino solamente en las zonas de cobertura de acuerdo a las reuniones que tenía con la empresa ETB, donde se fijaban una metas que debían cumplir, les requerían unos mínimos de venta y que si no cumplían con esos mínimos de venta, pues esto traía un llamado de atención e incluso puede llevar al posterior despido. Por todo esto, su señoría que además que demostrado que efectivamente existía una subordinación, demostrado esos 3 elementos su señoría, aun cuando exista un contrato de corretaje dentro del expediente, pues de conformidad con el artículo 53 superior, esto es, en principio la primacía del sobre las formalidades en el evento que se llegue demostrar, que lo que en la realidad aconteció fue algo diferente a lo firmado en el papel. Se debe entrar a declarar. Por lo tanto, por lo tanto, Señoría. En consecuencia, conforme al material probatorio que señale, pues lo procedente a entrar a declarar las prestaciones, bien sean las principales, esto es determinar qué es un contrato de trabajo directo con SILEC desde el 13 de enero del 2015 hasta el 25 de junio de 2015. Ejecutando el cargo de asesor de ventas, con posterioridad ejecutó el cargo como coordinador de los asesores de venta y adicional a eso declarar la solidaridad responsable de la empresa ETB, o en su defecto que pueda ser de recibo las pretensiones subsidiarias, esto es, determinar que existe un contrato directo con la ETB y declarar de manera responsable y solidaria a la empresa SILEC.. Ahora bien, su Señoría es de resaltar que quién es el responsable solidario ante la eventualidad, de que se llegasen acoger las pretensiones principales o subsidiarias en el evento, que se termine que efectivamente el contrato se ejecutó directamente con SILEC como empleador la empresa ETB, debe ser solidaria al ser beneficiario directo de la actividad, en consecuencia, se mostrarán los requisitos del artículo 34 de Código sustantivo del trabajo, esto es, que la actividad sufrió en su momento una necesidad básica del entre el beneficiario, puesto que ETB se dedica a ofrecer el servicios de telecomunicaciones en este evento, pues era para ofrecer el servicio de fibra óptica, que era la novedad y la segundo es que la actividad no sea ajena el propósito social de la beneficiario, pues si bien esa situación la labor ejecutada por el señor Jesús coincidía de manera exacta y precisa con el beneficiario de ETB y por esta misma circunstancia ETB, pues desde considerada como beneficiaria la actividad del, señor Jesús, en el evento sé que se acojan en las pretensiones subsidiaria su señoría, esto dice que se declara que el contrato de trabajo fue con ETB directamente al ellos, entregarles volantes, lista de precios, les entregaban carro vayas para poder promocionar los servicios de nivel logística, uniformes, carnet y adicionales a eso las reuniones que hacían de manera esporádica, en las oficinas con funcionarios directos de ETB, pues debería entrarse a declarar solidariamente responsable a la empresa SILEC, en el sentido que está actuo con una indebida intermediara, ejecuto perdón una indebida intermediación laboral. conforme lo dispone el artículo 35 del código sustantivo del trabajo, puesto que realmente lo que se buscaba era que contratar el servicio directo del señor Jesús en favor de ETB. En consecuencia, su Señoría, pues como ya lo señale debería ser declarada, de manera solidaria a la empresa SILEC bajo esos argumentos, ahora bien establecido el contrato de trabajo deberán ser una serie de obligaciones respeto de uno y otro de los contratista de las partes del contrato para el director, el empleador, tiene la obligación de garantizar unos derechos ciertos mínimos e irrenunciabiles entre estos encontramos que debe cancelar al trabajador lo correspondiente o concerniente a las vacaciones y a las prestaciones sociales, cesantías, primas de servicios, intereses a la cesantías, frente al auto que no se paguen estas pretensiones o estas acreencias laborales, el trabajador es beneficiario de una sanción contenida en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo equivalente al un día de salario por cada día de mora en el retardo en pagos de dichas acreencia y la misma va corrido hasta la fecha en que efectivamente se cancele la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

totalidad de las prestaciones sociales, independientemente del salario que este devengue con el pronunciamiento de la corte constitucional C-6781 del 2013, ahora bien su señoría, queda más que demostrado la mala fe de las aquí empresas, demandas en el sentido que trataron de disfrazar a través de la relación .I., una relación que realmente era laboral, puesto que no existieron razones particulares, no existieron razones justas e inequívocas para llegar a considerar que el actor al que el actor actúan con autonomía técnica, administrativa y financiera por que, porque el señor Jesús debía acomodarse o cumplir como abordar a los clientes para ofrecer los productos de ETB y lograr la venta adicional a esto, la venta dependía de las zonas que hubiesen sido permitida o facultadas por la empresa de ETB adicionales esto debía aportar ciertos uniformes, cierta identificación que lo identificara valga la redundancia como trabajador de dicha empresa, vendedor y vendedor de tales productos. Su función fue exclusiva para los productos de ETB, autonomía técnica administrativa financiera como ya lo señale, el actor no contaba con la autonomía del poder cobrar el valor que él quisiera que el deseara productos que estaba ofreciendo, sino que se debía regir por los productos establecidos por la entidad demandada, en consecuencia pues acá lo que se demuestra es que existe una coordinación como lo plantea el despacho, sino que lo que en realidad aconteció fue una subordinación, puesto que este no era libre para ejecutar para desarrollar esas actividades, tanto así que la eventualidad de incumplimiento de una de ellas, sea que llegase tarde, o sea, que no llegar a trabajar o tuviese que pedir permisos para poder retirarse sus funciones pues las misma con llevan a unas sancione o una que pudieran transformarse en llamado de atenciones verbales o en su defecto sanciones económicas, como descuentos de jornales, de trabajo, situación está que le que los empleadores de los empleadores tenían conocimiento y por ello no dejar, prueba alguna por escrito sino que todo siempre fuera de manera verbal, esto con el fin que lo señales de una verdadera relación laboral respecto del trabajador, este no es el caso su señoría que la Corte Constitucional ha previsto una excepción al principio de buena fe y es cuando se trate del pago y no prestaciones sociales en estos eventos, lo que se da a presumir es la mala fe de los empleadores o del empleador perdón, trasladándose la carga probatoria a los demandados para que demuestren que actuaron de buena fe, como ya lo señale esto en el evento no acontece porque no son de recibo las consideración en cuanto al señor Víctor es un, puede ser acogido como testigo dentro del plenario, su señoría como se dice se en el momento que se practicó el testimonio se solicitó la tacha de falsedad, la tacha respecto del testigo en el sentido de primero en señalarse que es trabajador activo de estas entidades que comercializara los productos de ETB, consecuencia, pues tiene una posición. Los empleos aquí demandados tiene una posición de frente a lo que se podía pedir de la versión rendida en el plenario adicional a esto de acuerdo al testimonio desproporcionada, nada apor to a la vinculación del señor Jesús puesto que al momento de reaccionar su testimonio el fue conteste a decir que se lo encontró en muy pocas ocasiones porque estaban en puntos o en cuadrillas totalmente diferentes, por lo tanto, su señoría usualmente puedo ver señalado aspecto que tal vez lo pude haber acogido al pero no respecto a las situaciones fácticas y puntuales del señor Jesús, situación que no acontece con los demandantes con los testigos de la parte actora, quienes todos fuéramos contestes a señalar o explicar más allá todos los actos de subordinación a los que fue sometió el señor Jesús, e incluso ellos los cuales como ya lo señalé, como se señaló en sus declaraciones el señor Jesús incluso fue superior jerárquico respecto de ellos y todos fueron contestes al señalar que la señora Andrea Rife, fue la coordinadora de todos y que era quienes quien transmitía las ordenes e instrucciones de la empresa SILEC, ahora bien su señoría debo resalta que el código sustantivo del trabajo establece que el respecto que existen representantes de los trabajadores y que estos todas las actuaciones de estos vinculan a la empresa contratante, es decir, su señoría, que todos los actos de subordinación que haya ejecutado la señora Andrea Rife los obliga a ser responsables de tales situaciones en consecuencia su señoría queda más que demostrado que la subordinación en este evento por lo tanto no hay otra vía que delegue las pretensiones prosperas de la de la demanda y condena de las mismas conforme a las pretensiones incoadas dentro de esta declarando, no probado las excepciones formuladas por las entidades aquí demandadas bajo estos argumentos dejo expuesto mi recurso de apelación, muchas gracias.

”

No fue objeto de controversia en esta instancia que se suscribió un CONTRATO COMERCIAL DE CORRETAJE PROMOCIÓN Y VENTA DE PRODUCTOS DE TELECOMUNICACIONES entre JESÚS ANTONIO HERRERA RAMOS y la sociedad SILEC COMUNICACIONES S.A.S. el 19 de enero de 2015 (página 226 a 230 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso propuesto (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir: (i) si se acreditó o no la existencia de un vínculo laboral entre las partes, y en dado caso, (ii) si procede el pago de las prestaciones sociales y vacaciones, (iii) si procede la sanción moratoria, (iv) si existe responsabilidad solidaria entre las demandadas, y quien o quienes deben acudir al pago de eventuales derechos impagados al demandante.

(i) EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL. Para resolver esta parte de la controversia, son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”, disponen como elementos esenciales del contrato (i) la actividad *personal* del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, (ii) 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 (iii) el salario, contraprestación directa del servicio.

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

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal* por cuya virtud toda relación en

la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*.

Ello 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 que son presumidos por el legislador, para el caso presente la subordinación.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia, pues las pruebas aportadas demuestran que el demandante prestó sus servicios personales de manera continua en favor de SILEC COMUNICACIONES S.A. desde el 13 de enero hasta el 25 de junio de 2015, hecho del cual resulta presumida la existencia de subordinación, y las demandadas no aportaron elementos de prueba suficientes desvirtuar la existencia de este elemento.

La prestación de servicios personales en favor de SILEC COMUNICACIONES S.A no fue objeto de controversia a lo largo del proceso, y encuentra prueba clara en la declaración del representante legal de SILEC, en los testimonios de JOE HANS HARTMAN, VÍCTOR MANUEL TRIVIÑO, FABIO MÁRQUEZ y PEDRO ALONSO ALCANTAR CORREA, y en los documentos del archivo 01 (folios 226 a 230).

Probado el servicio personal, correspondía al contratista de tales labores desvirtuar la subordinación, para lo cual se debía probar claramente que la labor se realizó con *autonomía técnica y directiva* del demandante, es decir, sin sometimiento a órdenes de trabajo ni a reglamentos de quien la contrató en cuanto al modo, el tiempo, el lugar y cantidad de servicio, hecho del cual no obra evidencia suficiente.

No sirve para este efecto el pacto *formal* contenido en el contrato de prestación de servicios independientes o de corretaje, como lo pretenden las demandadas, pues el artículo 53 de la Constitución Política dispone para los asuntos del trabajo la primacía de la realidad sobre las formas, y prohíbe

la renuncia a los derechos que puedan surgir de una relación de trabajo en favor del trabajador.

Tampoco son suficientes los testimonios rendidos en el proceso (Audiencia virtual del 11 de enero de 2023 – archivo 27), pues describieron los productos que se debían vender, reconocieron la existencia de dotación y un carné con logos de ETB que debían portar, y afirmaron que la compañía informaba los productos que debían vender las características y precios de los mismos, que la consecución de los clientes potenciales se hacía en la calle, incluso sobre una jornada laboral, ANDRES PIÑEROS -RL de SILEC COMUNICACIONES S.A.S.- dijo que los asesores se reunían a diario antes de iniciar labores para la entrega de documentos e informar si había nuevos planes -pues estos cambian constantemente-, y que al finalizar la jornada debían ubicar al encargado de la zona y entregar los contratos que tenían pues las franjas horarias dependen de la zona a la que se va a llegar. De tales testimonios resulta claro además que los asesores tenían una meta de contratos o número de ventas por días, y que existía un coordinador o encargado en la zona, quien apoyaba y coordinaba los contratos que debían ser entregados luego a la ETB para continuar con el proceso, y debía reportar las inasistencias en caso de que hubiera, labores que desempeñó ANDREA RIPPE y el demandante, y que eran ellos quienes impartían las instrucciones y procuraban el cumplimiento de las metas y los reglamentos.

Si bien sobre VÍCTOR MANUEL TRIVIÑO se presentó tacha de sospecha por ser empleado de SILEC COMUNICACIONES S.A., y sobre JOE HANS HARTMAN, FABIO MARQUEZ y PEDRO ALONSO ALCANTAR CORREA se presentó tacha de sospecha por llevar en contra de las aquí demandadas procesos judiciales similares, verificados sus dichos se advierte coherencia y claridad, señalaron aquellas circunstancias que les constan de manera directa advirtiéndolo sobre aquellas que pudieron conocer de forma mediata, lo que les otorga credibilidad y hace viable la valoración en los términos de los artículos 58 del CST y 211 del CGP.

Tampoco se advierte confesión sobre autonomía del interrogatorio de parte rendido por el demandante (Audiencia virtual del 11 de enero de 2023 – archivo 27 Min. 22:55), pues sus declaraciones se limitaron a señalar la forma en que debía prestar el servicio, el lugar y horario, precisando que SILEC les asignaba una zona y les exigía un número de contratos diarios so pena de sanciones, y que inició las labores como asesor y luego fue designado coordinador, función en la cual debía asistir a reuniones con la ETB y que era citado a fin de mes para mostrar la tentativa de oferta para el siguiente mes, y para establecer las estrategias pertinentes.

De ninguna de las declaraciones referidas se obtiene entonces prueba suficiente sobre *autonomía* o *independencia* para desvirtuar con ello la existencia del contrato de trabajo.

No sobra señalar que en el contrato de corretaje, JESÚS ANTONIO HERRERA RAMOS se comprometió para SILEC COMUNICACIONES S.A.S., a presentar y poner *en relación a personas naturales o personas jurídicas para que adquieran a título de suscripción, venta al por mayor o al detal, del portafolio de productos que vende la sociedad E.T.B.*, y se plasmó que las obligaciones *del corredor* eran de resultado y no de medio, sin que le fuera dable, entre otras, ceder el contrato, so pena de terminación anticipada del vínculo por parte de ésta (archivo único folios 226 a 229 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital), situaciones que no son propias de un contrato de corretaje, caracterizado -según ha dicho la Sala Laboral de la Corte- por la existencia de *“un agente que, de manera autónoma e independiente, pone en contacto a dos partes para la celebración de un negocio, en los términos del artículo 1340 del Código de Comercio”* y ha descartado su existencia cuando *“(…) a lo largo de la relación contractual, el demandante se vio compelido a dar cumplimiento a una serie de procedimientos internos fijados por la empresa para la consecución de los clientes y la venta de la pauta publicitaria”*², que fue lo ocurrido en la relación del demandante.

² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4515-2020 Rad. 67975 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA y FERNANDO CASTILLO CADENA.

Frente a los extremos de la relación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando existan dudas sobre los extremos temporales de la relación de trabajo éstos se deben obtener de los lapsos durante los cuales se hubiese probado la prestación de servicios (Sentencia Radicado 42167 de 2012, M.P. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE)³. Por ello, y partiendo de lo confesado por el representante legal de SILEC COMUNICACIONES S.A.S., la Sala tendrá como cierto que el vínculo se desarrolló entre enero y junio de 2015, afirmación que coincide con lo pretendido en la demanda (como extremo inicial se tomará el plasmada en el contrato de corretaje -19 de enero de 2015- y como extremo final el primer día del mes hasta el cual se reconoce prestado el servicio -1 de junio de 2015-).

En ese orden de ideas, se revocará la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la existencia de una relación laboral ente el demandante y SILEC COMUNICACIONES S.A.S. entre el 19 de enero de 2015 y el 1 de junio de 2015, en el que el demandante se desempeñó como asesor comercial.

(ii) PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES. Para definir el valor de los derechos reclamados, sea lo primero advertir que si bien en el *contrato comercial de corretaje* suscrito por las partes se señaló como contraprestación

³ “Al respecto en sentencia del 22 de marzo de 2006 radicado 25580, se adocrinó: “(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador. En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo: <Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>”.

una comisión por las ventas realizadas (cláusulas tercera⁴ y cuarta⁵, archivo 01 folios 226 a 229), no se aportaron cuentas de cobro o pruebas que den certeza de los valores recibidos bajo este, en consecuencia se tomara como salario el mínimo legal vigente de esa anualidad, que ascendía a \$644.350, monto que además corresponde al hecho 12 de la demanda⁶.

Conforme a ello, pasa ahora el Tribunal a efectuar la liquidación de los derechos laborales del demandante como se pidió en la demanda.

Previo a ello se debe advertir que los artículos 488 del CST y 151 de CPTSS disponen un término de tres años para la prescripción de la acción judicial que busca el reconocimiento por este medio de un derecho laboral. El término corre *“desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”* y *“el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola*

⁴ TERCERO.- PRECIO: comisiones por ventas realizadas de productos y servicios de telecomunicaciones siempre y cuando que presente ventas diariamente) Las partes convienen que el estipendio a que tiene derecho el CORREDOR con ocasión de la ejecución al presente contrato, será el que establezca la SOCIEDAD, SILEC COMUNICACIONES S.A.S., de acuerdo con los rangos de cumplimiento que se establezca para el respectivo mes, de igual forma se pagará por las ventas que se encuentren únicamente relacionadas a su código y no presenten reclamación alguna ya sea por fraude o por cartera.

Las comisiones se liquidarán con base en los rangos que le sean indicados mediante comunicación escrita por parte de la Sociedad por cualquier medio idóneo, incluidos los medios electrónicos de que trata la Ley 527.

El estipendio que paga la SOCIEDAD SILEC COMUNICACIONES S.A.S., al CORREDOR no remunera ninguna actividad o gestión de tipo personal por parte de éste último, sino la operación mercantil, dentro del acto jurídico de la compraventa o suscripción de servicios, que efectivamente se lleve a cabo entre la relacionada y la SOCIEDAD por intervención del CORREDOR. Significa lo anterior, que si la relacionada y la SOCIEDAD COMERCIAL no hacen negocio no hay lugar al estipendio, a favor del CORREDOR.

⁵ CUARTO.- PAGO: El pago de los estipendios a que tenga derecho el CORREDOR por haber realizado el reporte en planilla de ventas, le serán cancelados por la sociedad SILEC COMUNICACIONES S.A.S., una vez el comprador o suscriptor de los servicios de Telecomunicaciones se encuentre satisfecho con la instalación del producto presentado y en estado completo en el sistema SIEBEL aplicativo E.T.B., el CORREDOR, recibirá las comisiones treinta (30) después de la acreditación efectiva en el sistema.

El valor pactado en la cláusula anterior será cancelado a EL CORREDOR mes vencido, sobre los cuales se harán las retenciones y descuentos de ley previa presentación, verificación y aprobación de la cuenta de cobro respectiva, acompañada del Rut, constancia de pago de aportes por concepto de pagos a los sistemas de seguridad social en Salud, ARL y Pensión con fundamento en el presente contrato y un Informe en el cual detalle las actividades que desarrolló para el cumplimiento objeto del Contrato. LA SOCIEDAD efectuara los pagos dentro de los cinco (6) días hábiles siguientes a la recepción de la documentación mencionada en el párrafo anterior con el lleno de los requisitos establecidos para tal fin.

⁶ 12. Mi poderdante tenía como ingreso básico la suma de un SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE.

vez”, por lo cual corre nuevamente por un lapso igual al inicial (3 años). Dicho término se contabiliza a partir de la terminación del contrato -1 de junio de 2015-, y como el trabajador elevó reclamación por las acreencias aquí pretendidas el 10 de julio de 2015 (archivo 01 folio 41 y 42), y la presentación de la demanda data del 8 de junio de 2017 (archivo 01 folio 46), es claro que no transcurrió el término trienal, por lo que no se puede declarar la prescripción de la acción para ningún derecho.

Efectuados los cálculos correspondientes, se obtuvieron los siguientes valores adeudados a título de prestaciones sociales y compensación en dinero de las vacaciones:

AÑO	DÍAS LABORADOS	SALARIO	CESANTÍAS	INTERESES A LAS CESANTÍAS	PRIMA DE SERVICIOS	VACACIONES
2015	132	\$ 644.350	\$ 236.262	\$ 28.351	\$ 236.262	\$ 118.131

Sobre la anteriores sumas, se impartirá condena en la parte resolutive de esta decisión.

iii) SANCIÓN MORATORIA. Declarada la relación de trabajo surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos la consignación del auxilio de cesantías a un fondo, y el pago del salario y las prestaciones sociales que se causaron a la terminación del vínculo. En caso de que tales derechos sean desconocidos por el empleador, éste deberá reconocer al trabajador, a título de indemnización o sanción moratoria (artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST), un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías o en el pago completo de lo adeudado, según corresponda.

No obstante, dichas sanciones no operan de forma automática e inexorable, pues la demora o la omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, y esta situación se deriva del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas, de no estar obligado al pago de lo adeudado, o de situaciones sobrevinientes que le hagan imposible cumplir las obligaciones, circunstancias que deben estar demostradas en el expediente. Ha dicho la Corte al respecto:

“la sanción (...) no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe”¹¹.

Con este fundamento normativo el Tribunal negará la condena que reclama la demanda al pago de sanción moratoria, pues, sin perjuicio de lo señalado en acápites previos respecto de la primacía de la realidad que llevó a declarar la existencia de un vínculo laboral, ello ocurrió porque no fue *fehacientemente* desvirtuada la presunción de que trata el artículo 24 del CST. Sin embargo resulta claro por la forma como se desarrolló la relación de servicios personales, que la demandada bien pudo entender, con argumentos plausibles y de *buena fe*, que no existía un verdadero contrato de trabajo con el demandante, sino uno de corretaje, y de ello se debe concluir que la actuación omisiva en el pago de las prestaciones que se reconocen en este proceso no estuvo revestida de malicia o de intenciones defraudatorias sino del razonable y posible, aunque equivocado, entendimiento de no estar obligado a los pagos⁷.

En lugar de la sanción moratoria y ante la pérdida de poder adquisitivo de los montos objeto de condena, por el paso del tiempo, se abre paso la indexación de las acreencias adeudadas al momento del pago⁸, de acuerdo con la siguiente fórmula⁹:

⁷ No sobra señalar que las razones de defensa fueron, incluso, avaladas por el juez de primera instancia quien negó la existencia de una relación de trabajo.

⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL3028 Rad. 40813 del 1 de febrero de 2017.

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL1628 Rad. 44057 del 16 de mayo de 2018.

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha en que se realice el pago.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha de terminación del vínculo.

(iv) RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Para definir si procede la condena solidaria en contra de la ETB S.A. E.S.P., y de ser el caso respecto de cuáles acreencias, el artículo 34 del CST dispone: *“el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores”*.

Bajo esta regla, para obtener una condena de responsabilidad solidaria, la parte que alega dicha consecuencia debe demostrar que el contratante era beneficiario del trabajo o dueño de la obra contratada, y que las labores desarrolladas no eran *extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio*.

Con esta premisa normativa y revisado el material probatorio del expediente, el Tribunal estima probado con el “CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL No. 4800014394 SUSCRITO ENTRE EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Y SILEC COMUNICACIONES S.A.S.” de fecha 31 de diciembre de 2014 (ver páginas 77 a 93 archivo 01), así como con las demás pruebas allegadas al plenario, que la ETB S.A. E.S.P. era la *beneficiaria* final del servicio que prestó el demandante para SILEC COMUNICACIONES S.A.S., y se probó que dicho servicio no es extraño al objeto social que desarrolla la sociedad contratante.

Sobre ello (ser beneficiario del servicio), del *acuerdo* de vinculación suscrito por el actor con SILEC COMUNICACIONES S.A.S. se advierte que el cliente final de esta última era la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., sociedad con la cual aquella suscribió un *contrato de agencia comercial* con el objeto de (...) *la comercialización de los servicios y productos del portafolio de ETB y concretamente los señalados en la página www//hogares.etb.com.co, a través de gestión de barridos en calle, presencia en edificios y en sectores de alto tráfico vial y dentro de los límites territoriales señalados en el presente documento, Lo anterior de conformidad con el alcance previsto en los términos de referencia, la oferta presentada y Manual de Contratación de ETB.*” (archivo 01 folios 226 a 229), al punto que debía portar el carné y uniforme que lo identificaba como representante de la ETB (archivo 01 folio 103). Lo anterior, como se plasmó en precedencia también fue reconocido por el representante legal de SILEC COMUNICACIONES S.A.S. en su interrogatorio de parte y fue corroborado por la totalidad de los testimonios recibidos, en ellos se pudo evidenciar que la labor del actor siempre estuvo destinada al beneficio de ETB S.A. E.S.P

Sobre si las funciones cumplidas por el demandante resultan extrañas al objeto social de la contratante, y contrario a lo manifestado por ésta (ETB S.A. E.S.P.) en su contestación y en las alegaciones, los documentos allegados al plenario (folios 494 a 550, archivo 01) dan muestra clara de que las labores ejecutadas no son ajenas a su objeto social señalado en los estatutos para “*la prestación y organización de servicios y actividades de telecomunicaciones tales como telefonía básica local y de larga distancia, servicios móviles, portadores, teleservicios, telemáticos, de valor agregado, servicios satelitales y de televisión en sus diferentes modalidades, servicios de Internet y cualquier otro servicio de telecomunicaciones, así como, la creación, generación, implantación y explotación comercial de las tecnologías de la información y de la comunicación, dentro del territorio nacional y en el exterior, incluidas todas aquellas actividades técnicas y tecnológicas que resulten necesarias para la integración de los componentes requeridos para el recaudo físico y/o electrónico de medios o instrumentos de pago y las administrativas que en*

general exija la gestión del recaudo de los recursos que se produzcan por el pago de los precios o tarifas por el acceso al uso de bienes y servicios públicos y privados provistos por sí misma o por terceros”.

El demandante tenía como función principal la comercialización de los servicios hogar en cumplimiento del contrato de agencia comercial celebrado entre SILEC y la ETB (archivo 01 folios 77 a 93), el cual tenía por objeto *la comercialización de los servicios y productos del portafolio de ETB*, actividades que resultan conexas y/o complementarias al objeto que desarrolla ETB S.A. E.S.P. Ninguna de las pruebas arrimadas al plenario da cuenta clara de que, para las fechas en que se desarrolló la relación de trabajo se hubieran prestado servicios a favor de otras personas, o que hubiera finalizado la obra contratada, contrario a ello, el representante legal de SILEC dijo en su declaración que esa sociedad se dedica a trabajar con la ETB en la venta de telefonía e internet hogar.

En ese orden, procede la condena en solidaridad por las sumas aquí reconocidas por prestaciones sociales y vacaciones *-compensación en dinero de las vacaciones-* contra ETB. Se precisa que si bien las vacaciones, descanso remunerado, no son prestación social, en este proceso se ordenó el pago de su compensación en dinero por no haberse reconocido dicho descanso, es decir, se ordenó el pago de los salarios correspondientes al tiempo de vacaciones a manera de indemnización, de lo cual resulta claro que *-al menos-* tendrían esta categoría (indemnización). Así lo ha entendido de vieja data la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁰. Procede

¹⁰¹⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia Rad, 33082 del 2 de junio de 2009, M.P. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA: *“en cuanto a la condena por vacaciones, el replicante asevera que, en estricto sentido, no son salario, prestación social ni indemnización y en ello le asiste razón, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, al considerar que no retribuyen el servicio y no están comprendidas dentro de las prestaciones especiales comprendidas en los capítulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, importa precisar que aunque de manera antitécnica los falladores de instancia impusieron condena por vacaciones, en realidad condenaron por concepto de su compensación en dinero, pues el contrato de trabajo del actor ya había terminado, de modo que no podía estrictamente disfrutar de un descanso (sic). Y ese derecho compensatorio tiene una naturaleza jurídica diferente a las vacaciones y de manera pacífica ha sido catalogado como una indemnización, tal como esta Sala de la Corte lo precisó, entre muchas otras, en la sentencia del 27 de febrero de 2002, Rad. 16974, en los siguientes términos:*

‘(...) sin dejar de ser cierto que las normas que definen el salario y relacionan factores que lo componen, tanto en el sector público como en el privado, en cuanto a éstas últimas, son

igualmente solidaridad en el pago de la cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, que corresponden a prestaciones sociales¹¹.

(iv) LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA. Definida la responsabilidad de la ETB S.A. E.S.P. en el pago de las obligaciones laborales deducidas a cargo del empleador, se deben estudiar el llamamiento en garantía.

Conforme al artículo 64 del CGP, quien se vea perjudicado por el resultado de una sentencia judicial puede reclamar mediante esta figura, la *“indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer”*

Para el llamamiento en garantía se aportó la póliza tomada por SILEC COMUNICACIONES S.A.S. a favor de ETB S.A. E.S.P., No. 14-45-101031358 a cargo de SEGUROS DEL ESTADO S.A. para la vigencia del 31 de diciembre de 2014 al 31 de diciembre de 2018 (archivo 01 folio 95 y 96). De ella se deduce que la referida aseguradora otorgó garantía frente al pago de *salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones legales en el desarrollo del contrato de agencia comercial No. 4800014394 cuyo objeto es promover la comercialización de los productos y servicios, que se pudieran adeudar al*

simplemente enunciativas, y dejan la posibilidad de que la dinámica de las relaciones contractuales, individuales o colectivas incorporen nuevos elementos constitutivos de la remuneración del trabajo subordinado y dependiente, también es verdad que tratándose de la compensación de vacaciones, tal rubro no puede tenerse como factor de salario (...) pues es indiscutible que la misma, tal y como lo ha precisado la Corte, es una especie de indemnización que el empleador paga al trabajador cuando por las circunstancias excepcionales, que la propia ley consagra, no puede disfrutar del descanso remunerado y reparador, que las vacaciones implican’.”.

¹¹ Código Civil: “Artículo 1579. Subrogación de deudor solidario

El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que le correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.

La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aún aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad”.

trabajador, según lo dispuesto en la cláusula de amparo 1.1.5¹² del instrumento indicado.

Con base en ello y atendiendo al momento en que se causaron los derechos reclamados, se ordenarán los pagos correspondientes advirtiendo que La responsabilidad se extenderá hasta el límite de la suma asegurada, de conformidad con lo dispuesto en la referida póliza. No sobra señalar que SILEC COMUNICACIONES S.A.S. no fue el asegurado en la póliza de seguro No. 14-45-101031358, el asurado fue la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

COSTAS de primera instancia a cargo de las demandadas ETB S.A E.S.P., SILEC COMUNICACIONES S.A.S., y SEGUROS DEL ESTADO S.A..

SIN COSTAS de segunda instancia por el resultado del recurso.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la demandada SILEC COMUNICACIONES S.A.S., vigente del 19 de enero al 1 de junio de 2015.
3. **CONDENAR** a SILEC COMUNICACIONES S.A.S. al pago de: a) cesantías por \$236.262; b) intereses sobre las cesantías por \$28.351;

¹² "1.1.5 AMPARO PARA EL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES POR ESTE AMPARO, EL ASEGURADO SE PRECAVE CONTRA EL RIESGO DE INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE OBLIGACIONES DE CARACTER LABORAL A CARGO DEL CONTRATISTA, DE AQUELLOS TRABAJADORES UTILIZADOS EN FORMA DIRECTA Y EXCLUSIVA PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO, QUE PUEDA LLEGAR A SER EXIGIBLE AL ASEGURADO EN VIRTUD DE LA SOLIDARIDAD PATRONAL PREVISTA EN EL ARTICULO 34 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO."

c) primas de servicios por \$236.262; d) compensación en dinero de las vacaciones por \$118.131, todo debidamente indexado.

1. **DECLARAR** que la ETB S.A. E.S.P. es solidariamente responsable del pago de las prestaciones sociales y vacaciones ordenado en el numeral anterior en favor del demandante.
2. **CONDENAR** a SEGUROS DEL ESTADO S.A., como llamada en garantía, a pagar a favor del demandante las prestaciones sociales y compensación en dinero de las vacaciones ordenadas a cargo de la ETB S.A. E.S.P. en los términos, coberturas y topes establecidos en la póliza No. 14-45-101031358.
4. **ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.
5. **COSTAS** de primera instancia a cargo de las demandadas ETB S.A. E.S.P., SILEC COMUNICACIONES S.A.S. y SEGUROS DEL ESTADO S.A.
6. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 37 2021 00469 01
María del Pilar Fernández Bernal vs Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA DEL PILAR FERNÁNDEZ BERNAL
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 15 de mayo de 2023 por la Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARÍA DEL PILAR FERNÁNDEZ BERNAL presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare que PORVENIR y SKANDIA incumplieron con su deber legal al no brindarle una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional. En consecuencia, piden que se declare ineficaz su afiliación al régimen de ahorro individual y que está válidamente afiliada al

EXP. 37 2021 00469 01

María del Pilar Fernández Bernal vs Colpensiones y otros.

régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, se condene a PORVENIR y SKANDIA a registrar en su sistema que su afiliación fue ineficaz, y a esta última a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades sin aplicar ningún descuento. Además, se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación en el RPM y recibir la totalidad de los aportes a pensión (ver demanda folios 1 a 11, archivo 01 de expediente digital, trámite de primera instancia).

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

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones dirigidas contra ella entidad por cuanto la demandante al afiliarse a ese fondo de pensiones venía de estar afiliada en PORVENIR y, por ende, ya tenía conocimiento sobre el funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de ese régimen pensional, por lo que la asesoría en su caso se tomaba más en una *reafirmación de los argumentos ya conocidos*. Además –dice–, la selección de régimen del sistema general de pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, al vincularse con el RAIS, aceptó todas las condiciones propias de ese régimen conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Asegura que no es posible declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS dado que el traslado se realizó siguiendo los lineamientos del ordenamiento jurídico, proporcionándole a la demandante toda la información para que tomara la decisión consciente de afiliarse. Advierte que no basta con invocar vicios del consentimiento, se debe explicar y probar en qué consiste cada uno de ellos. Refiere que, para la fecha en que la demandante se afilió a esa AFP, le era aplicable la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: *actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el*

traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe, y genérica (ver contestación folios 3 a 20 archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto el traslado de régimen pensional de la demandante fue válido y estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria para que tomara una decisión informada, libre y voluntaria respecto de las condiciones, características y naturaleza del régimen al que pretendía su traslado, y que sólo fue hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 20710 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 que esas AFP adquirieron la obligación de asesoría e información, por lo que no le pueden ser exigidas obligaciones inexistentes para la fecha del traslado. Con independencia de ello, dice que las condiciones del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la actora podía validar en cualquier momento el contenido de la información brindada y demás aspectos que considerase necesarios. Refiere que no se aportan pruebas que permitan indicar que su traslado se dio bajo algún vicio del consentimiento a partir de lo cual se pueda concluir que dicho negocio jurídico es nulo. Indica que en los hechos de la demanda lo que se está haciendo es *alegar la propia culpa en su beneficio* pues contó con múltiples oportunidades para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada. Formuló como excepciones de fondo: prescripción, *prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y buena fe (ver contestación folios 2 a 31, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda, toda vez que el traslado se realizó en virtud del derecho a la libre escogencia contenida en

el literal e) de la Ley 100 de 1993, con el cumplimiento de los requisitos que para la época se exigían, y que de las manifestaciones de la demandante no se lograba demostrar un eventual vicio del consentimiento de haga nulo o ineficaz el acto jurídico de afiliación a la AFP del RAIS, además, porque la información que aduce no se le brindó por parte de la administradora de pensiones se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, norma que impone su conocimiento y cumplimiento desde su promulgación. Advierte que la demandante tenía la obligación, como consumidora financiera, de utilizar los mecanismos de divulgación de la AFP y adquirir conocimientos de manera autónoma frente al funcionamiento, condiciones, características de los regímenes pensionales. Propuso como excepciones perentorias: *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (ver contestación folios 2 a 26 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de mayo de 2023 mediante la cual la Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora MARÍA DEL PILAR FERNÁNDEZ BERNAL del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por CAJANAL al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR y que tuvo*

como fecha de suscripción el 24 de agosto de 2001. En consecuencia, DECLARAR válida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES, según se expuso. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es de la señora MARÍA DEL PILAR FERNÁNDEZ BERNAL, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por los periodos de vinculación con la entidad, sumas estas que deberán ser indexadas y con cargo a sus propios recursos, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES, todo lo relacionado con los gastos de administración, incluyendo comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el periodo que la demandante estuvo vinculada a dicha entidad, conforme se expuso. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada PORVENIR y SKANDIA, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una de las mencionadas entidades. Por secretaría tásense en la etapa procesal correspondiente. SEXTO: Se ordena la remisión del presente proceso al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, conforme lo expuesto precedentemente.” (Audiencia virtual, récord 1:45:12, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, pide se revoque la orden de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, primas de seguros previsionales de manera indexada, pues la norma es clara en indicar que emolumentos deben trasladarse al régimen de prima medida. Además, por tratarse de descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993 que

EXP. 37 2021 00469 01

María del Pilar Fernández Bernal vs Colpensiones y otros.

no están destinados a financiar la pensión de vejez. De confirmarse la decisión, advierte que la indexación no fue solicitada en la demanda y en todo caso no resulta procedente por cuanto se dispuso la devolución de rendimientos y comisiones las cuales compensan la depreciación del poder adquisitivo de la moneda¹ (Audiencia virtual, récord 1:48:03, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, asegura que la afiliación de la demandante a PORVENIR se hizo con plena voluntad lo cual se materializó con la suscripción del formulario de afiliación y la permanencia por más de 20 años en el RAIS. Advierte que imponer cargas adicionales a las previstas en

¹ “Si su señoría de manera muy respetuosa me permito interponer y sustentar parcialmente recurso de apelación. Su señoría fundó mi recurso especialmente contra el numeral segundo de la misma en lo referido a que mi representada Skandia deba trasladar hacia Colpensiones referidos gastos de administración, primas de seguros previsionales y estos valores o estos rubros de manera indexada, señoría si bien es cierto que en el presente caso se ha cumplido se ha acatado un precedente jurisprudencial que regula los casos de ineficacia de los traslados no debe perderse de vista su señoría y señores magistrados que dicha ineficacia trae unos efectos y dichos efectos deben ser regulados conforme a las normas que regulan los traslados de recursos encontrando existe una regulación específica concreta y además que es taxativa frente a que emolumentos que deben trasladarse cuando como en el presente caso se trasladan recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media encontrando que existe el Decreto 3995 del año 2008 artículo séptimo que regula de manera específica que solo deben trasladarse los referidos a los aportes realizados en la cuenta de ahorro individual en el caso particular de la aquí demandante y el fondo de garantía pero no indica que deba recaer sobre los gastos de administración y las primas de seguro previsional y en ese orden de ideas en consideración que no se encuentra regulado en dicha norma no es dable generar dichos traslados. Además de que si se tiene en cuenta la armonía que existe en las disposiciones del año 2008 con la disposición de la Ley 100 pues fue precisamente la Ley 100 del 93 que en su artículo 20 ha indicado y especialmente hacia las primas artículos 76 y 77 de Ley 100 ha indicado que ese 3% de gastos de administración tiene una destinación específica, concreta y diferente que no hace parte para cubrir el aporte o el porcentaje para cubrir la pensión de vejez de la demandante sino para suplir los gastos administrativos y la correcta y eficiente sobre todo cuenta de ahorro individual de la parte demandante, situación que específicamente cumplió Skandia y en ese orden de ideas por eso fue que traslado y pago las primas de seguros previsionales oportunamente y además referente a los gastos pues se le dio la destinación específica para generar una eficiente y correcta administración de la cuenta generando unos rendimientos y en ese orden de ideas señores magistrados teniendo en cuenta que bajo esas disposiciones de orden legal no es dable trasladar dichos rubros y además son dineros que no están a disposición de la entidad que represento pues solicito de manera respetuosa la revocatoria referente a los gastos de administración y primas de seguro previsionales. Además si eventualmente se llegara a confirmar la sentencia honorables magistrados tener en consideración que la indexación no fue solicitada en el escrito de la demanda y además si la juez de primera instancia esta ordenando la devolución de rendimientos y comisiones pues en ese orden de ideas se estaría compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que hubiese obrado en la cuenta de ahorro de la demandante y en ese orden de ideas no es dable además de dichas órdenes impartidas deba recaer una indexación, indexación que sería o constituiría en ese orden de ideas una doble sanción por el mismo hecho y en ese orden de ideas señores magistrados de manera muy concreta y sucinta deseo presentar mi recurso de apelación frente a estos emolumentos al considerar que no están señalados en la norma en cita y que no existe un fundamento que nos pueda sustentar este tipo de devoluciones de gastos y primas y sobre todo sobre la indexación que se está pidiendo o se declaró ya en sentencia de primera instancia contra mi prohijada y en ese

EXP. 37 2021 00469 01

María del Pilar Fernández Bernal vs Colpensiones y otros.

la ley de la época constituye una situación de imposible cumplimiento y que las características, condiciones y modalidades de los regímenes están regulados por la Ley 100 de 1993 la cual tiene alcance nacional, por lo que no le es dable alegar su desconocimiento. Refiere que la demandante tenía obligaciones como consumidora financiera que no fueron satisfechas y que se desconoce el principio de sostenibilidad financiera. Pide se revoken las costas impuestas a su cargo pues no tuvo injerencia en el acto jurídico que se declara ineficaz² (Audiencia virtual, récord 1:52:17, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

orden de ideas su señoría dejo presentado mi recurso de apelación parcial contra la sentencia gracias

² *“Muchas gracias su señoría encontrándome en la oportunidad procesal para hacerlo me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su honorable despacho, conforme a las siguientes consideraciones: Es de señalar en primer lugar que el traslado de los aportes efectuados a la AFP Porvenir S.A. se realizó con plena voluntad de la actora en consecuencias de la afiliación realizar el régimen de ahorro individual con solidaridad y condenar a mi representada a recibir los aportes para activar su afiliación al régimen de prima media teniendo que para el caso particular la afiliación se efectuó con su plena voluntad y esencia materializada la suscripción del formulario de vinculación 2001 a la AFP Porvenir S.A., así como el posterior formulario suscrito a la AFP Old Mutual hoy Skandia, documentales que reposan en el expediente digital y voluntad que sirvió ratificada con los más de 20 años que ha realizado cotización de los recursos de invalidez vejez y muerte de este régimen de capitalización. Asimismo es menester indicar que hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido del formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento el afiliado respecto del traslado por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no existía nada diferente al formulario de afiliación donde constaba la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad por lo que el poner cargas adicionales a las previstas a la ley de la época constituye una situación de carácter imposible respecto del objeto la presente litis se ha construido con posterioridad a la vinculación de la demandante esto es a partir del año 2008 y se consolidó a partir del año 2019 con los diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en su sala laboral. En segundo lugar se observa que la parte actora manifiestan que la falta información y desventajas de cada uno regímenes pensionales al respecto de precisarse que las características y condiciones modalidades propias de estos regímenes se encuentran consignados en la ley 100 de 1993 que por cierto tiene un alcance nacional y pues es de conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación en los términos del artículo del código civil por tanto no es dable alegar la ignorancia como excusa a voces para atribuir exclusivamente la responsabilidad de información a las AFP'S ya que este señalamiento lo hace la ley y cuando la demandante de forma voluntaria suscribió su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad también debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Decreto 2242 de 2010 el cual enuncia los deberes de los consumidores financieros del sistema general de pensiones de lo que se resalta que el afiliado más que ser un sujeto de derecho se reconoce como un sujeto derecho también debe decirse que lo es un sujeto de obligaciones por ello en dicha normativa se ha determinado cuáles son los deberes de estos consumidores dentro de los cuales se resalta emplear la adecuada atención al momento de tomar decisiones como lo son la afiliación, el traslado administradora de régimen, la selección de modalidad de pensión, de identidad aseguradora que le otorgue la renta vitalicia o la lesión de tipo de fondo dentro de estos multifondos, conforme a lo anteriormente expuesto es evidente que el deber de información se integra por una parte con la obligación de asesoría y buen consejo que de suministrar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados pero también con la información que de manera autónoma deben adquirir los consumidores financieros acerca de las condiciones modalidades y sistemas que integran los regímenes pensiones que permite tomar decisiones con el debido cuidado y atención que merece la decisión por ejemplo de afiliarse trasladarse o escoger una modalidad particular acorde a sus expectativas pensionales finalmente debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera contemplado en el artículo 48 de la Constitución de 1991 adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 sobre 2005*

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*

impacta la reserva del sistema pensional conforme a lo anterior es evidente que el traslado de régimen pensional de la actora afecta ostensiblemente el sistema financiero del régimen de prima media teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación de aportes en ambos regímenes pensionales la falta de contribución de la demandante del fondo desfinancia las pensiones en el régimen de prima media y la carga que generarían en los demás afiliados soportar el eventual reconocimiento pensional a favor de la demandante generando un detrimento patrimonial a la entidad que represento teniendo en cuenta su financiamiento piramidal de esta forma honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral solicito revocar el fallo proferido y en caso de que se confirme la sentencia solicito se confirme la absolución de costas ya que mi representada no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico que hoy se declara ineficaz y que se configure la devolución de aportes con los respectivos rendimientos y gastos de administración

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 34³ años de edad y había cotizado 303.29⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 2 años 22 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para acceder al derecho pensional (tenía 54 años de edad- ver folio 15 del archivo 01 y archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

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

debidamente indexados a fin de evitar el detrimento patrimonial de la entidad que represento, de esta forma dejo presentado mi recurso de apelación"

³ Nació el 9 de enero de 1967, folio 15 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral expedida por Skandia, folios 38 a 47, archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ *Ibidem*

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la

EXP. 37 2021 00469 01

María del Pilar Fernández Bernal vs Colpensiones y otros.

Según dicho criterio, los jueces deben declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *“(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. En este sentido: (i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la*

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”*.

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró al momento de vincularse en una fundación que dependía de la Universidad de

Santander, le entregaron un listado de documentos que debía diligenciar como requisito para poder trabajar, entre ellos estaba la vinculación a un sistema de pensión. En ese momento no tenía ningún conocimiento de cómo funcionaba la pensión, el personal de recursos humanos diligenció parte de la información del formulario y ella la restante, pero no recibió ningún tipo de información, instrucción o asesoría por parte del fondo de pensiones, simplemente firmó el formulario y lo entregó a su empleador, de hecho, nunca se hizo presente ningún asesor de PORVENIR. (Audiencia virtual del 15 de mayo de 2023, récord 24:20).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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

EXP. 37 2021 00469 01

María del Pilar Fernández Bernal vs Colpensiones y otros.

reconociendo o pagando pensiones, *“mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”*.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante junto con los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos, a cargo de aquella y de PORVENIR así lo dispone la Sala Laboral de las Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

EXP. 37 2021 00469 01
María del Pilar Fernández Bernal vs Colpensiones y otros.

efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 37 2021 00469 01

María del Pilar Fernández Bernal vs Colpensiones y otros.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-Ed-SB'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 38 2021 00574 01

Héctor Hernando Barriga López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE HÉCTOR HERNANDO BARRIGA LÓPEZ
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como 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 17 de mayo de 2023 por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, HECTOR HERNANDO BARRIGA LOPEZ presentó demanda contra LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la ineficacia de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada mediante la afiliación que suscribió el 31 de julio de 2001 con PORVENIR. Afirma que PORVENIR no le brindó asesoría suficiente 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

EXP. 38 2021 00574 01

Héctor Hernando Barriga López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro.

afiliación, entre otros. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR 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, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados; y se ordene a esta última que acepte su vinculación en el Régimen de Prima Media, reciba 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 a 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que la afiliación fue válida, libre, voluntaria y sin presiones. Indica que como soporte de la afiliación voluntaria y libre del demandante obran las cotizaciones efectuadas durante la vida laboral. Advierte que no es beneficiario del régimen de transición ni tiene una expectativa legítima de pensión en el RPM. En su defensa propuso las excepciones de *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica* (ver contestación folios 3 a 26 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información necesaria y pertinente, por lo que es improcedente declarar un *error de hecho*. Afirma que la demandante podía trasladarse de régimen y ejercer su derecho al retractor pero no lo hizo y continuó haciendo sus aportes en el RAIS teniendo

EXP. 38 2021 00574 01

Héctor Hernando Barriga López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro.

la posibilidad de conocer las características y condiciones de dicho régimen, las que además están estipuladas en la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias. Sostiene que resulta improcedente la devolución de los gastos de administración y de los rendimientos financieros. Como excepciones de mérito propuso las de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica* (ver contestación folios 2 a 23 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de mayo de 2023, mediante la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, ABSOLVIÓ a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en contra. Para tomar su decisión concluyó que PORVENIR S.A. no incurrió en la omisión de la información porque no había asesor cuando se hizo el diligenciamiento del formulario de afiliación, de acuerdo con confesión del demandante en el interrogatorio de parte. Además, puntualizó que no se contemplaba legalmente que un asesor del fondo de pensiones debiera intervenir en el trámite del traslado.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la A.F.P. PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de la todas y cada una de las réplicas planteadas en el libelo introductorio por el accionante lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las results 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 accionadas. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el superior”* (Audiencia virtual, récord 1:01:22, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

EXP. 38 2021 00574 01

Héctor Hernando Barriga López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro.

En el recurso, el apoderado del demandante afirma que es deber de los jueces aplicar el precedente judicial, y en caso de apartarse, deben sustentar su decisión. En este caso el *a quo* no aplica el precedente en materia de ineficacia del traslado de régimen y tampoco da las razones por las cuales se aparta del mismo. Afirma que, en el caso del demandante, no se le brindó la información que se debía entregar para la época del traslado, en la cual el asesor debía informar como mínimo las características de los regímenes pensionales¹

¹ “Su señoría, estando dentro de la oportunidad legal para el efecto presento recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir solicitándole a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar la sentencia por las siguientes razones: Sea lo primero señalar a los honorables magistrados la obligación que tienen los jueces de acatar el precedente judicial dictado por el organismo de cierre puntualmente lo dijo la Corte Constitucional mediante sentencia C-816 del 2011 magistrado ponente Mauricio González Cuervo lo siguiente “en síntesis la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre jurisdiccional en cuanto autoridades constitucionales de unificación jurisprudencial vincula a los tribunales y jueces y así mismas, con base en los fundamentos constitucionales de igualdad, buena fe y seguridad jurídica, cuáles son las razones para la obligatoriedad de acatar el precedente Judicial lo ha dicho la corte constitucional a lo largo de su jurisprudencia entre las que se resalta las sentencias C-634 del 2011 magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva así, dice la Corte “la obligatoriedad del precedente optimiza el ordenamiento jurídico en la medida en que efectiviza la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico. 2. La obligatoriedad del precedente es un imperativo para la realización del derecho a la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas la cual supone igualdad en la interpretación y aplicación de la ley la obligatoriedad del presente materializa la seguridad jurídica y la confianza legítima de los ciudadanos la obligatoriedad de acoger el precedente permite ejercer control sobre la actividad judicial también implica la realización del imperio de la ley de que habla el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia finalmente señala la corte constitucional mediante esta sentencia que el desconocimiento del presidente judicial acarrea la violación de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad. Ahora bien es posible apartarse del precedente judicial si es posible lo ha hecho la Corte Constitucional mediante sentencia C - 816 lo que pasa es que no de cualquier forma ella tiene unos requisitos muy específicos y establece que se puede apartar un juez satisfaciendo debidamente la carga de transparencia en la argumentación literalmente dice la sentencia “De este modo la posibilidad del apartamiento del precedente emanado de las corporaciones de las respectivas jurisdicciones supone en primer término un deber de reconocimiento del mismo y adicionalmente explicitación de las razones por las cuales considera que se aparta de él de la regla que va a ser dictada por el organismo de cierre esta posición ha sido reiterada por el Corte Constitucional mediante sentencias C-816 de 2011, C- 588 del 2012, C- 621 del 2015 reafirmando que los jueces en virtud del principio de autonomía eventualmente pueden apartarse del precedente Judicial sin embargo no se trata simplemente de una diferencia de criterio sino de ofrecer argumentos en otros sentidos para lo cual resulta válido correcto suficiente para solucionar el nuevo caso digamos que la corte constitucional mediante sentencia de 446 ha señalado cuáles son los requisitos que debe satisfacer el juez para poder apartarse del preceder judicial válidamente primero ha dicho que debe identificar claramente la regla de la cual se aparta pues solo admitiéndose una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia el juez en su exposición debe consignar el contenido de las reglas del precedente del cual se está apartando, el juez de manifestar que se aparta de manera voluble dispuesta exponiendo las razones suficientes y válidas que justifiquen una distinción del caso que se juzga dicho lo anterior honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá se tiene que la *quo* está desacatando el precedente judicial dictado por el organismo de cierre

EXP. 38 2021 00574 01

Héctor Hernando Barriga López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro.

(Audiencia virtual, récord 01:02:17, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

en este caso la Corte Suprema de Justicia cuál es el presidente judicial pues nada más y nada menos que más de 100 sentencias que obviamente no las voy a citar aquí por falta de tiempo pero voy a resaltar las más importantes de las cuales está desacatando el juez de primera instancia la sentencia primigenia la del 9 de septiembre del 2008 radicado 31980 magistrado ponente Eduardo López Villegas en la cual se empieza a trazar una línea jurisprudencial clara esta sentencia dice textualmente “ Se ha de señalar que la actuación visita del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual no se ocuparía por los traslados administrativos no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen ciertamente la decisión de escoger entre una y otra administradora del régimen de individual no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen sentencias de la Corte Suprema de Justicia a través de la cual deja claro que la suscripción del formulario no prueba que se le ha suministrado información clara, completa, cierta y oportuna sentencias sl 2207 del 2021 sentencias sl 2208 del 2021 sentencias sl 373 de 2021, sentencias sl 2329 del 2021, sentencia sl 2601 del 2021, importante aquí honorables magistrados destacar que sentencia sl 3021 del 2021 radicado 85 081 del 6 de julio del 2021 prefería por la Corte Suprema de Justicia la cual evidentemente está desacatando el juez hizo un recuento acerca del contenido mínimo y el alcance del deber de información que tenían las administradoras de pensiones dependiendo de la fecha en la cual realizó el traslado para la para el caso en concreto para la fecha en la cual mi representado realizó el traslado se le debió dar información acerca de la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y una eventual pérdida de beneficios pensionales evidentemente en el presente caso no prueba ninguna que se le haya dado información en este sentido, se destaca también una errada interpretación del juez del artículo 272 de la ley 100 de 1993, por cuanto afirma que no se le podía rechazar su afiliación no es que no se le podía rechazar es que le tenían que dar información clara, completa, suficiente y oportuna y le está invirtiendo la carga de la prueba al demandante de demostrar que no se le brindó o sea está invirtiendo la cara de la prueba cuando claramente una de las reglas de la Corte Suprema de Justicia es que quien tiene la carga de la prueba es la administradora de fondos de pensiones por estas razones honorables magistrados es claro que el juez no identifica las reglas de las cuales está apartando sino que además impone otra que no existe qué es la que necesariamente tenía que haberse dado una interacción con el asesor lo cual no trae ninguna de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial por estas razones su señoría porque el juez se está apartando del precedente judicial aplicable porque no identifica la regla porque no explica válidamente por qué se está apartando de las reglas, es decir porque se está apartando y válidamente de la regla dictada por la Corte Suprema de Justicia y porque se está violando el derecho fundamental al debido proceso e igualdad que le asiste a mi representado por esas razones solicito a los honorarios magistrados se sirvan revocar la sentencia que se acaba de proferir en esos términos dejo sentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.”

EXP. 38 2021 00574 01

Héctor Hernando Barriga López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro.

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 (...)

EXP. 38 2021 00574 01

Héctor Hernando Barriga López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 42² años de edad y había cotizado 166.43³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no contaba con cotizaciones al régimen de prima media (la fecha de afiliación a COLPENSIONES es el 27 de marzo de 1998 según la historia laboral expedida por esa administradora)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 62 años de edad- ver página 42 archivo 01 y 03 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶.

² Nació el 24 de agosto de 1959.

³ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES página 249 a 253 del archivo 06 del expediente digital.

⁴ *Ibídem*

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

EXP. 38 2021 00574 01

Héctor Hernando Barriga López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro.

Según dicho criterio los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 38 2021 00574 01

Héctor Hernando Barriga López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro.

no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, para en su lugar declarar -en las mismas palabras usadas por la Corte- la *ineficacia* del traslado de régimen del demandante, y dictar las condenas que corresponden con el criterio que en esta materia trazó la Corte Suprema de Justicia, pues PORVENIR S.A. no probó haber brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que el demandante 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 al efecto no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión específicamente para cada afiliado, lo que la obligaba a demostrar que se brindó una asesoría individual y pormenorizada. 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*”. Ello no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, allí por el contrario, dijo que en el momento de suscripción del traslado no intervino ningún asesor del fondo de pensiones y que la información que tenía para decidir provenía de terceros ajenos al proceso (audiencia virtual del 17 de mayo de 2023, récord 11:42). Contrario a lo que considerado por el *a quo*, y

EXP. 38 2021 00574 01

Héctor Hernando Barriga López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro.

conforme lo ha reiterado la Corte, resultaba esencial para la *existencia* del acto de traslado que antes de la suscripción del formulario de afiliación el fondo de pensiones brindara una asesoría clara, expresa, completa y veraz sobre los regímenes pensionales, que le permitiera al afiliado tomar la decisión más conveniente. En todo caso, como se dijo, la carga de la probar que el afiliado al momento del traslado recibió toda la información pertinente para tomar una decisión, es del fondo de pensiones que lo recibió como afiliado -en criterio de la Corte-.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

En consecuencia, se declarará la ineficacia del traslado del demandante y se condenará a la AFP PORVENIR S.A., en la forma como lo definió la Sala Laboral de la Corte, a la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad incluyendo cotizaciones y rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como los gastos de administración y montos de las primas previsionales a sin que sea posible descontar suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz,*

EXP. 38 2021 00574 01

Héctor Hernando Barriga López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro.

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 implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones)⁷ valores que se deben entregar “debidamente indexados” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Sin constas 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** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de HÉCTOR HERNANDO BARRIGA LÓPEZ 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. –actual administradora a

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

EXP. 38 2021 00574 01

Héctor Hernando Barriga López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro.

la que se encuentra afiliada el demandante- a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración de la cuenta del demandante, debidamente indexados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, acorde a lo motivado.

4. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
5. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
6. **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

EXP. 38 2022 00002 01

Brenda Marjorie Caroprese Méndez contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE BRENDA MARJORIE CAROPRESE MÉNDEZ
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 18 de mayo de 2023 por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y se dispuso su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, BRENDA MARJORIE CAROPRESE MÉNDEZ 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 a PORVENIR y que, para todos los efectos legales, que nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Afirma que no se le dio información suficiente sobre las consecuencias que generaría dicho cambio. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las semanas cotizadas, con sus respectivos

EXP. 38 2022 00002 01

Brenda Marjorie Caroprese Méndez contra Colpensiones y otro.

rendimientos financieros debidamente indexados (ver demanda folios 1 a 13, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por su decisión solicitó la suscripción del formulario de afiliación con dicha AFP, y para la fecha en que se solicitó la nulidad del traslado ya se encontraba en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones las que denominó: *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 26 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma como aparecen formuladas en la demanda, por cuanto el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual que se efectuó en el año 1994 fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido *ampliamente* asesorada sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como consta en el formulario de afiliación No. 13529, documento público en el que se figura la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el párrafo del artículo 54 del C.P.T. Adicionalmente, porque tampoco procede la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la cual opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, es decir, *contra conductas dolosas* que en este caso no se alegan ni se acreditan por la parte actora. Advierte que, en todo caso, a la demandante le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de fondo:

EXP. 38 2022 00002 01

Brenda Marjorie Caroprese Méndez contra Colpensiones y otro.

prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (folios 2 a 24, archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de mayo de 2023, mediante la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la demandante a PORVENIR y ordenó a las demandadas que conjuntamente adelantaran las gestiones administrativas tendientes a retornar a la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con los recursos que se hubieren recibido en el RAIS durante el tiempo en que permaneció vinculada en dicho régimen, debidamente indexado. Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la demandante con destino al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación para el 10 de junio de 1994. Lo anterior en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A., que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a activar a la demandante en condición de afiliada, en el Régimen de Prima Media con Presión Definida y a trasladar con destino al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, los recursos percibidos por cuenta de la demandante en el RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente en este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula: índice final sobre índice inicial x valor histórico que*

EXP. 38 2022 00002 01

Brenda Marjorie Caroprese Méndez contra Colpensiones y otro.

corresponde al valor de lo recibido en el RAIS por la demandante mensualmente igual al valor indexado, se debe tomar como índice inicial en del mes en que se verificó el giro de los recursos correspondientes y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los mismos con destino al Régimen de Prima Media con prestación definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar tal procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a recursos propios de la AFP PORVENIR S.A., sin lugar a descuento de naturaleza alguna. Lo anterior, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que, realizadas estas operaciones y de subsistir saldos en la cuenta de ahorro individual de la demandante los recursos respectivos deberán ser dispuestos a orden del fondo de solidaridad pensional, por lo anotado en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto a las determinaciones adoptadas. COSTAS lo serán a cargo de PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la demandante. Sin COSTAS a cargo de COLPENSIONES. QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el Superior en la medida que se han impuesto cargas a COLPENSIONES” (Audiencia virtual, parte 2, récord 53:04, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, su apoderado solicita se revoque la orden de devolver los gastos de administración, seguros previsionales y demás rubros de manera indexada, pues se trata de descuentos autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que no están destinados a financiar la pensión de la afiliada y, además, es el artículo 113 de esa misma norma el que señala cuáles son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen pensional. Asegura que de mantenerse la condena se configura

EXP. 38 2022 00002 01

Brenda Marjorie Caroprese Méndez contra Colpensiones y otro.

un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES. Frente a la indexación, indica que la cuenta de ahorro individual de la demandante no se ha visto afectada por la *condición inflacionaria de la economía* ya que se han generado rendimientos financieros¹ (Audiencia virtual, parte 2, récord 54:46, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES su apoderado afirma que el traslado efectuado por la demandante al RAIS goza de plena validez, no es posible *utilizar su propia culpa*, y le correspondía probar la mala fe del fondo de pensiones al que se afilió. Asegura que era su deber como consumidora financiera informarse acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales, y que su permanencia en el RAIS debe ser evaluado como una aceptación de las reglas, normas y procedimientos de ese régimen² (Audiencia virtual, parte 2, récord 59:59, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias su señoría me permito presentar recurso de apelación de manera parcial y eso es contra lo decidido por el despacho relativo a devolver gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás rubros de manera indexada en virtud que los mismos rubros se encuentran autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 para efectuarse a los afiliados al régimen de ahorro individual respecto de sus cotizaciones y esta misma normatividad finalmente indica cuál es el porcentaje final de la cotización total del afiliado que va dirigida a su cuenta de ahorro individual en virtud de lo anterior también el artículo 113 de la misma normatividad de seguridad social en su literal B menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional y esto es “el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos” lo que impide legalmente que se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en dicha norma por cuanto las mismas no están destinadas a financiar la prestación de la afiliada y por lo que condenar por valores adicionales configura un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante de Colpensiones del estado y en detrimento de mi representada pero además determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado se devuelva el valor de la póliza contratada. Ahora bien y respecto de la condena de manera indexada me permito resaltar que la misma es improcedente de acuerdo con lo mencionado en sentencia C - 00161 de 13 mayo del 2010 magistrado ponente Ricardo Villamil Portilla y también lo indicado en sentencia SL - 9316 del 29 de junio del 2016 en donde se precisó que la indexación es “la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de las mismas por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía” en este orden de ideas es posible evidenciar que durante el tiempo que la demandante estaba afiliada a Porvenir su cuenta de ahorro individual no se ha visto afectada por la condición inflacionaria de la economía y por el contrario se han generado rendimiento financieros superiores a la rentabilidad mínima establecida para las cuentas de ahorro individual respecto de los afiliados a dicho régimen circunstancia que es posible también verificar con los extractos financieros que recibe la demandante de manera trimestral de esa manera entonces y en virtud también de la tesis de las restituciones mutuas solicito que en caso de no revocar el numeral por el cual se está presentando el recurso de apelación solicitó que se autorice a Porvenir a efectuar de manera total el descuento de la condena impuesta en primera instancia respecto de los rendimientos financieros y que sin que sea dable indicarle a este administradora a qué se debe también responder con recursos propios para efectuar o para cubrir la totalidad de la condena impuesta en primera instancia de esta manera entonces dejo sentado mi recurso de apelación, gracias.”

² “Gracias su señoría me permito amablemente interponer recurso de apelación el cual procederé a sustentar. En primera medida solicito amablemente al honorable Tribunal se

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*

revoque la sentencia de primera instancia conforme a los siguientes fundamentos que respecto a la declaratoria de la ineficacia en la sentencia acabada de proferir me permito indicar que el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse además el artículo 83 de la constitución política establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe la cual se presumirá de todas las gestiones que estos adelanten en estas, por lo que de alegarse por la parte actora que la AFP a través de sus asesores no le brindaron la información suficiente respecto a las consecuencias que podrían acarrear el traslado de sus aportes a pensiones del régimen de prima media al régimen de ahorro individual le impone como carga procesal desvirtuar la buena fe de los fondos privados y esto sin evidenciar que la demandante hubiera presenciado alguna irregularidad sin haber formulado alguna duda o inquietud de la decisión tan importante que ello y no fue sino hasta este momento que decidió nuevamente trasladarse de régimen. De igual manera no debe desconocerse que el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación a uno u otro régimen pensional genera obligaciones recíprocas tal y como lo establece el artículo 1495 del código civil en este entendido el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones tal y como lo ha determinado el Decreto 2241 del 2010 que en su artículo cuarto establece los deberes del consumidor de pensiones conforme a lo anterior es evidente que el deber de información se integra por una parte por la obligación de asesoría y buen consejo que deben suministrar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados pero también con la información que deben adquirir de manera autónoma los consumidores financieros acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales que permitan tomar decisiones con el debido cuidado que merece la decisión por ejemplo de afiliarse trasladarse una modalidad particular acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado. Es de señalar que la permanencia en el RAIS por parte demandante evidencia con claridad que la demandante aceptó y se acogió a las reglas, normas y procedimientos de dicho régimen pues a partir de la firma de formularios dieron como causa su aceptación y registro en el RAIS, en mérito de lo expuesto solicito al honorable tribunal revoque el fallo de primera instancia y en consecuencia se absuelva de todas y cada una de las pretensiones.”

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 32³ años de edad y había cotizado 385.3⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 7 años, 2 meses y 30 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 60 años de edad- ver folio 207 del archivo 06 y archivo 03 del expediente digital).

³ Nació el 10 de octubre de 1961, folio 207, archivo 06.

⁴ Ver historia laboral expedida por PORVENIR, folios 202 a 2017.

⁵ *Ibídem*

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

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

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”*.

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

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

EXP. 38 2022 00002 01

Brenda Marjorie Caroprese Méndez contra Colpensiones y otro.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, no dio razón exacta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la afiliación ni de la información que recibió por parte del asesor a PORVENIR. Se limitó a indicar que le hablaron de un ahorro y que le ayudaban a conseguir unos bonos laborales, pero no recordó nada más; además que escuchó que el fondo era muy bueno y por eso se afilió (audiencia virtual del 18 de mayo de 2023, parte 2, récord 5:35).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Se resalta que, pese a que la demandante se encontraba afiliada a una CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL el traslado debe efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó el Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y estableció que *“las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes*

EXP. 38 2022 00002 01

Brenda Marjorie Caroprese Méndez contra Colpensiones y otro.

pensionales previstos en la Ley”. Sobre la materia, también se debe señalar lo establecido en el Decreto 2527 de 2000, en el que se establece que las Cajas, Fondos, o entidades públicas continuaran reconociendo o pagando pensiones, *“mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”*.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual sin lugar a efectuar descuento de *naturaleza alguna* como lo explicó en la parte motiva (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 (artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

EXP. 38 2022 00002 01

Brenda Marjorie Caroprese Méndez contra Colpensiones y otro.

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 lo demás.
3. **COSTAS** en esta 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

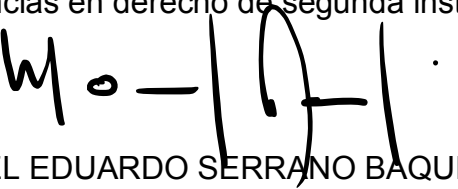
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de 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 RAMIRO HUMBERTO MEDELLÍN DÍAZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante frente a la sentencia dictada el 18 de abril de 2023 por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que se negaron las pretensiones de reconocimiento y pago de una pensión de vejez.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, RAMIRO HUMBERTO MEDELLÍN DÍAZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la nulidad de la Resolución DPE 5120 del 25 de junio de 2019 que confirmó la SUB 62357 del 12 de marzo de 2019, en la que se negó el reconocimiento de una pensión de vejez. Pide que se reconozca la referida prestación junto con el retroactivo correspondiente, los reajustes legales, indexación e intereses de mora.

Como fundamento de lo pedido afirma que es beneficiario del régimen de transición pues tenía 40 años de edad para la entrada en vigencia de la Ley

100 de 1993, tal como fue reconocido por la administradora en el acto administrativo que negó la prestación, y además contaba con 940 semanas cotizadas para el 25 de julio de 2005, y según el reporte de semanas cotizadas inició su vida laboral en 1977. Afirma que laboró para INDUSTRIAS LISBÓN LIMITADA del 28 de septiembre de 1992 al 29 de febrero de 2000, entidad que cotizó a seguridad social en salud a partir del 1º de enero de 1995 hasta la finalización del vínculo. Solicitó certificación del tiempo laborado a la referida sociedad, quien se negó, por lo que debió adelantar acción de tutela en su contra que fue resuelta a favor del trabajador el 9 de septiembre de 2015, y COLPENSIONES no realizó el cobro ni las acciones legales en contra del empleador (ver demanda en archivo 01 y subsanación de la demanda archivo 04 tramite de primera instancia del expediente digital).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderada, quien se opuso a las pretensiones formuladas. Afirma que el demandante no cumple los requisitos para conservar el régimen de transición, como quiera que al 25 de julio de 2005 tenía solo 531 semanas de cotización, y no existe documental alguna en el expediente administrativo que dé cuenta de la presunta relación laboral con INDUSTRIAS LISBÓN LIMITADA, razón por la cual no podía iniciar acción de cobro en su contra. Propuso como excepciones de fondo: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y la genérica* (ver contestación en archivo 13 tramite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de abril de 2023 por la cual la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido.

Para tomar la decisión advirtió con relación al tiempo que aduce el demandante laborado con INDUSTRIAS LISBON LTDA, que no existe afiliación de la cual se pueda imputar allanamiento a la mora por parte de COLPENSIONES, aunado a ello, no fue objeto del proceso la declaración de existencia de dicha relación laboral ni la omisión en la afiliación al sistema de seguridad social. Definido lo anterior no encontró probada la densidad de semanas para conservar el régimen de transición, ni para acceder a la pensión de vejez al tenor del Acuerdo 049 de 1990 o de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

La parte resolutive de la providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO y COBRO DE LO NO DEBIDO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas por el señor RAMIRO HUMBERTO MEDELLÍN DÍAZ. TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante a favor de COLPENSIONES, dentro de las cuales se deberá incluir la suma de \$400.000 como agencias en derecho. CUARTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al demandante.”* (Audiencia virtual del 18 de abril de 2023 – archivo 29 Min. 27:49).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia sobre la aplicación de normas anteriores a la Ley 100 de 1993 en la pensión de vejez que reclama RAFAEL HUMBERTO MEDELLÍN DIAZ, el artículo 36 de esa normatividad estableció un régimen de transición normativa del cual se benefician los afiliados que tenían, para la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones, 35 años de edad las mujeres o 40 años los hombres, condición que demostró el demandante pues el documento visible en el folio 41 (archivo No 01 del expediente digital) acredita que nació el 10 de julio de 1953, tenía 40 años de edad para el 1º de abril de 1994.

No obstante, el Acto legislativo 01 de 2005, mediante el cual se adicionó el artículo 48 de la CN, dispuso en uno de sus párrafos transitorios la expiración del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a partir del 31 de julio de 2010, dejando a salvo *únicamente* a los trabajadores o afiliados que para la fecha de entrada en vigencia de la enmienda constitucional (el 25 de julio de 2005) tuvieran 750 semanas de cotización al Sistema o el equivalente en tiempo de servicios. Para estas personas se conservó el régimen de transición hasta el año 2014.

Con estas claras reglas y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión apelada, pues el demandante solo demostró **532.72** semanas cotizadas al Sistema para el 25 de julio de 2005 (cuando tuvo vigencia el Acto Legislativo), y por ello perdió el régimen de transición que permitiría aplicar a su situación el Acuerdo 049 de 1990. Esta densidad se obtiene de la historia laboral de COLPENSIONES actualizada a 12 de noviembre de 2021, aportada por la entidad demandada con el expediente administrativo (ver páginas 45 a 52 archivo 13 expediente digital).

No se puede tener en cuenta para dictar una condena en contra de COLPENSIONES, el tiempo que aduce el demandante laborado para INDUSTRIAS LISBON LIMITADA entre el 28 de septiembre de 1992 y el 29 de febrero de 2000, pues no se aportó prueba de que el trabajador hubiera sido oportunamente afiliado al Sistema de Pensiones por dicho empleador en esas fechas, ni de la existencia de la relación de trabajo.

No se puede cargar a COLPENSIONES con el pago de un derecho pensional que no tenía a su cargo por razones que no le son imputables. Ninguna responsabilidad le cabe en el cobro de aportes cuando es el empleador quien incurre en la omisión de *afiliar* a sus trabajadores. Dicha omisión impedía a la administradora de pensiones adelantar los trámites de cobro pertinentes según lo ha dicho reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

No sobra reiterar que la demanda no se dirigió en contra del presunto empleador, ni se formularon pretensiones en su contra, como se dijo en providencia anterior. La controversia se encaminó a determinar si COLPENSIONES debe o no *allanarse a la mora* por su eventual inactividad en la obligación de cobro.

Como tampoco se demostraron los requisitos de acceso a la pensión antes del 31 de julio de 2010, bajo la regulación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, dado que el requisito de 60 años que exige la norma el demandante lo cumplió con posterioridad, el 10 de julio de 2013 (página 41 archivo 01 tramite de primera instancia expediente digital), se confirmará la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda, advirtiendo que tampoco se probó causado el derecho al amparo de la Ley 100 de 1993 (norma que exige cumplir 62 años o más para las hombres y 1300 semanas en toda la vida laboral, para el año 2018 cuando dejó de cotizar) pues el demandante tiene 1.122,29 semanas de cotización en su vida laboral; ni se pudo causar al amparo de la Ley 71 de 1988 (esta norma exige cumplir 55 años o más para las mujeres y 20 años entre cotizaciones y tiempos servidos) ni de la Ley 33 de 1985 (que exige la edad de 50 años para las mujeres y 20 años de servicio en el sector público) pues el demandante no prestó servicios al sector público.

No sobra advertir que la decisión que se adopta en este expediente no tiene efectos de cosa juzgada frente al reclamo de derechos en contra del eventual empleador, o de la administradora de pensiones en caso de que reciba los aportes insolutos de dicho empleador mediante el cálculo actuarial correspondiente.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 39 2022 00340 01

José David Bohórquez Zea contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ DAVID BOHÓRQUEZ ZEA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia dictada el 23 de mayo del 2023 por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ DAVID BOHÓRQUEZ ZEA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y las SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* del traslado al régimen de ahorro individual con fundamento en que el fondo no le suministró *información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el régimen de prima media con prestación definida, como en el del régimen de ahorro individual con*

EXP. 39 2022 00340 01

José David Bohórquez Zea contra Colpensiones y otros.

solidaridad, además de solo ilustrarle sobre los beneficios que podía obtener al cambiarse de régimen pensional. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los aportes recibidos durante su afiliación y sus rendimientos financieros, y a esta última recibirlos y validar su afiliación al RPM (ver demanda folios 4 a 10 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas contestaron la demanda mediante apoderados judiciales.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el demandante pretende desconocer que su traslado al RAIS fue válido, pues al momento de la afiliación brindó información clara, precisa, veraz y suficiente sobre las características del régimen al que se estaba afiliando, de allí que la suscripción del formulario fue libre, espontánea e informada conforme a lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, documento que, además, se presume auténtico en los términos de los artículos 114 de esa misma disposición, 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 del C.P.T. Asegura que, en todo caso, el vicio del consentimiento derivaría en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación, como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil, y que el demandante se encuentra sujeto a la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional. Advierte que no procede la devolución de los gastos de administración porque estos no financian la pensión de vejez, ni de la prima de seguro previsional en tanto la aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. En su defensa propuso las excepciones de *prescripción, buena fe, restituciones mutuas y la genérica* (ver contestación folios 2 a 27 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda

EXP. 39 2022 00340 01

José David Bohórquez Zea contra Colpensiones y otros.

con fundamento en que al expediente no se aporta prueba que demuestre que al demandante se le hubiera hecho incurrir en error o que existiera algún vicio del consentimiento, o de inconformidad alguna con el RAIS. Por el contrario, afirma, las documentales dan cuenta que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria. Advierte que no se cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y es aplicable por ello la restricción de traslado que regula la Ley 797 de 2003 que impide el retorno al RPM en cualquier tiempo. Señala la descapitalización del sistema general de pensiones que se generaría con el traslado de régimen cuando no se cumplan los requisitos para ello. En su defensa propuso las excepciones que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica* (ver contestación folios 2 a 40 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de mayo de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de dicha, lo que constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP en el ordenamiento jurídico. Informó a

EXP. 39 2022 00340 01

José David Bohórquez Zea contra Colpensiones y otros.

COLPENSIONES que acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar esta decisión.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor JOSE DAVID BOHORQUEZ ZEA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de HORIZONTE, hoy PORVENIR, y con efectividad a partir del 02 de octubre del 2000 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media. Situación que también debe entenderse del traslado que se hizo de HORIZONTE a PORVENIR, siendo hoy la misma persona jurídica. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR., a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bonos pensionales de haberse redimido, así como los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los emolumentos manifestados desde gastos de administración en adelante deberán ser indexados al momento del pago TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y reactive la afiliación del actor sin solución de continuidad al régimen de prima media . CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas. QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar esta ineficacia y de no ser suficiente los dineros que hoy se ordenaron a trasladar a PORVENIR S.A. SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A., dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, se exonera de las costas a COLPENSIONES teniendo en cuenta las razones expuestas en este proveído . SÉPTIMO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta por resultan algunas órdenes a cargo de COLPENSIONES.”* (Audiencia virtual, récord 44:44, archivo 4del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

EXP. 39 2022 00340 01

José David Bohórquez Zea contra Colpensiones y otros.

En el recurso de PORVENIR, su apoderado afirma que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales ni comisiones, debido a que no financian la prestación, además que se debe declarar la prescripción respecto de estos conceptos y de cualquier otro diferente al capital y los rendimientos de la cuenta del afiliado. En lo relacionado con la indexación considera que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda¹ (Audiencia virtual, récord 46:17, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Muchas gracias su señoría muy respetuosamente interpongo recurso de apelación parcial ante el honorable tribunal sala laboral para que se revoque el fallo preferido en el cual me permito sustentar así: señores magistrados expongo a su consideración que si bien existe un precedente del órgano de cierre como el citado en el a quo bajo los argumentos que ha manifestado el honorable tribunal en diferentes salas no se aplica el presente manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y es por eso que no es factible que se ordene la devolución de los gastos de administración pues de acuerdo con lo indicado en el inciso segundo el artículo 20 de la ley 100 del 93 también el régimen de prima media se destina un 3% de cotizaciones a financiar gastos de administración pensión, invalidez y sobrevivencia dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejes y por ello están sujetos a la prescripción además es necesario resaltar que la superintendencia financiera de Colombia indicó de forma expresa en el 2020 que los eventos en que procedan la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de la afiliado sin que proceda la devolución de primas de seguros previsionales en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la emergencia de la póliza ni tampoco la comisión de administración. Es por eso señores magistrados que deberá declararse la prescripción respecto de la devolución de gastos de administración primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta del afiliado a sus respectivo rendimientos financieros por cuanto no le corresponden estos valores a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales no puede y no financiar la prestación de vejes no puede predicarse su imprescriptibilidad característica precisamente que goza el derecho pensional frente a la indexación traemos lo que nos indica el tribunal superior del distrito judicial de Cali en el proceso 2020 083 y reiteraron el proceso 2021 489 en lo que indica, en cuanto a la indexación de la condena la sala considera que no hay lugar a dicha imposición todo hace con el traslado rendimiento se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado con los emolumentos a retornar se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto de lo cual se aplica el artículo 1746 del código civil al no existir norma que regule la temática la ineficacia tanto en la ley 100 del 93 como en materia comercial haciendo uso análogo del cita artículo posición que asume tanto la jurisprudencia civil como la laboral en especial en la sentencia SL 2946 212 todo ello con el fin de suplir cualquier tipo de déficit fiscal que pudiese haberse ocasionado con el traslado del régimen, con el traslado del demandante al fondo común de manera entonces que considero que los supuestos sobre los cuales se condenaron a mi representada en estos puntos no se encuentran acreditado y en consecuencia solicito de manera muy respetuosa al honorable tribunal revocar la condena impuesta a mi representada, muchas gracias su señoría..”

EXP. 39 2022 00340 01

José David Bohórquez Zea contra Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado asegura que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional conforme a los preceptos legales y jurisprudenciales, y que no se acreditó algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera lugar a la ineficacia y por ello se debe regir por las normas que rigen el RAIS. Pide se revoque la sentencia y en su lugar se le absuelva de las pretensiones formuladas en su contra² (Audiencia virtual, récord 49:11, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro 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 traslado cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

² “Gracias su señoría de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación teniendo en cuenta que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse al régimen pensional de acuerdo con los prospectos legales y jurisprudenciales, así mismo no se acreditó que ha existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado teniendo en cuenta que las oportunidades legales nunca se manifestó alguno de retractarse a la afiliación efectuada RAIS en un término de más de 20 años resultando así las asumir las consecuencias legales de tal decisión que no son otras que la regirse por las normas procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad desde la fecha en que efectuó su traslado. Así las cosas solicitó respetuosamente a la honorable sala del tribunal laboral que revoque la presente sentencia de conformidad con lo expresado y en estos términos dejo sustentado mi recurso su señoría 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 Privado de Pensiones el demandante tenía 40³ años de edad y había cotizado 194.57⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (si bien en la proyección pensional aportada con la demandada incluye tiempos de servicios a entidades del sector público lo cierto es que la historia laboral allegada solo acredita 3 años, 9 meses, 1 día⁵),

³ Nació el 26 de marzo de 1970.

⁴ Ver historia laboral expedida por ministerio de hacienda, folio 103 archivo 06 del expediente digital.

⁵ *Ibídem*.

EXP. 39 2022 00340 01

José David Bohórquez Zea contra Colpensiones y otros.

y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de acceso a la pensión (tenía 61 años de edad- ver folio 12 del archivo 1 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 la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información del Sistema Pensional al afiliado, y el

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”.*

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de

EXP. 39 2022 00340 01

José David Bohórquez Zea contra Colpensiones y otros.

régimen del demandante, pues la AFP HORIZONTE (hoy AFP PORVENIR) no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según ilustró, un asesor le indicó que el sistema público de pensiones estaba en quiebra, que se podían pensionar anticipadamente, y que el fondo privado era mejor que el público, pero nunca le explicó cómo funcionaba el RAIS, ni los requisitos para pensionarse o cual iba a ser el monto de su pensión (Audiencia virtual del 23 de mayo de 2023, récord 09:38).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

EXP. 39 2022 00340 01

José David Bohórquez Zea contra Colpensiones y otros.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN y PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, y la *suma* destinada a garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y PORVENIR (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver dichas sumas de dinero 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) los cuales se deben entregar *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

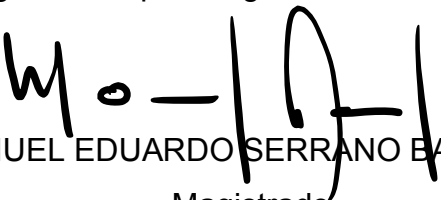
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 39 2022 00340 01
José David Bohórquez Zea contra Colpensiones y otros.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 40 2021 00099 01
Blanca Islena Cárdenas Rubio vs Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE BLANCA ISLENA CÁRDENAS RUBIO
CONTRA COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 8 de mayo de 2023 por el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, BLANCA ISLENA CÁRDENAS RUBIO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la afiliación a la AFP PORVENIR realizada el 5 de abril de 2001, así como de los posteriores traslados horizontales efectuados el 26 de septiembre de 2004 y el 22 de julio de 2005. Afirma que nunca se le informó que el valor de su pensión dependía del

monto acumulado en su cuenta y de la modalidad de pensión escogida, ni que estaba sujeta a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado, el índice de precios al consumidor, el nivel de riesgos de inversión en el portafolio del fondo, el costo de la venta del bono pensional en el mercado secundario para una pensión anticipada y del porcentaje mensual de descuento que por administración de sus recursos le haría el fondo privado de pensiones; tampoco le pusieron de presente las modalidades de pensión, ni que para trasladarse al régimen de prima media debía permanecer un tiempo determinado, entre otros aspectos. En consecuencia, pide que se disponga su regreso automático e inmediato al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación y traslado con todos sus frutos e intereses según el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, y enviar todos los detalles de los aportes mensuales, y a esta última a recibirla o aceptarla como su afiliada, como si nunca se hubiera cambiado de régimen (ver demanda y su subsanación archivos 05 y 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a través de esa sociedad es completamente válido por cuanto brindó la información pertinente y necesaria, es decir, estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 662 de 1993, razón por la cual resulta improcedente negar la afiliación y declarar la nulidad del traslado. Asegura que la demandante solicitó vinculación a ese fondo mediante formulario del 5 de abril de 2001 luego de recibir una asesoría clara, veraz y oportuna sobre las condiciones, características y funcionalidad de cada uno de los regímenes pensionales de acuerdo a la normatividad vigente, así como las particularidades propias de la demandante para la fecha, precisando que fue solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la

EXP. 40 2021 00099 01
Blanca Islena Cárdenas Rubio vs Colpensiones y otros.

Ley 1748 de 2015 que surgió en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. En su defensa propuso las excepciones que denominó: prescripción, *prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*, y buena fe (folios 2 a 31 archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso igualmente al éxito de las pretensiones de la demanda y, en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado a esa AFP, por cuanto éste ocurrió en virtud del derecho a escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Además, asegura, los asesores de esa entidad le brindaron a la demandante asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias con el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho a la rentabilidad que producen los aportes, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. No se puede concluir que el traslado es nulo pues se cumplieron todos los presupuestos de ley y el formulario contiene la firma de la accionante, mismo que da cuenta de que no existió presión ni coacción alguna para realizar dicho acto jurídico, por ende, no está viciado su consentimiento. Enfatiza en que no existe razón para declarar nulo o ineficaz el acto de traslado porque en ningún momento se está vulnerando el derecho pensional pues puede la demandante obtener una pensión siempre que cumpla los requisitos legales. Formuló como excepciones de fondo 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 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*, y la genérica (ver contestación folios 3 a 21 del archivo 018 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones de la demanda con fundamento en que la

EXP. 40 2021 00099 01
Blanca Islena Cárdenas Rubio vs Colpensiones y otros.

demandante está inmersa en la prohibición de traslado contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y, al suscribir el formulario de traslado, asumió las consecuencias legales de tal decisión que no son otras que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no siendo procedente alegar que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *saneamiento de la nulidad alegada, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe*, y la genérica o innominada (ver contestación y su subsanación folios 27 a 51 archivo 19 y 33 a 59 archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de mayo de 2023 mediante la cual el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia de traslado que la señora BLANCA ELENA CÁRDENAS RUBIO identificada con cédula ciudadanía 28.656.554 efectuó o realizó al régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. según las razones expuestas en esta decisión. SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior condenar a la sociedad administrativa de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. y a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES*

EXP. 40 2021 00099 01
Blanca Islena Cárdenas Rubio vs Colpensiones y otros.

COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional si lo hubiere y los rendimientos. De igual modo las citadas administradoras de fondo de pensiones deberán devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplir esta orden los conceptos deberían aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que lo justifiquen. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que acepte a la demandante, esto es, a la señora BLANCA ELENA CÁRDENAS RUBIO en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme a los dineros que le sean trasladados del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV. SÉPTIMO: CONSULTAR esta decisión en lo desfavorable a COLPENSIONES con el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Laboral conforme se indicó en esta providencia” (Audiencia virtual, récord 1:54:17, archivo 54 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES en el recurso, afirma que le correspondía a la demandante acreditar que la información suministrada por la AFP del RAIS fue equivocada o engañosa, situación que no se logró demostrar. Asegura que no se puede pregonar un error cuando la voluntad de la demandante ha sido permanecer por más de 20 años en el régimen de ahorro individual, tiempo en el que tuvo la posibilidad de consultar y asesorarse para determinar qué fondo le beneficiaba más¹ (Audiencia virtual, récord 1:57:27, archivo 54 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Doctor me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia preferida en esta instancia teniendo en cuenta que la demandante digamos es quien tuvo que acreditar que la información suministrada por la AFP del RAIS fue equivocada o engañosa situación que a mi

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

criterio el demandante no logró demostrar más allá de los dichos del actor y de los testimonios del Señor Alejandro castillo y Orlando Morales pues por el contrario el error de la información no puede pregonar en este caso cuando la voluntad de la señora Blanca Islena Cárdenas Rubio ha sido permanecer por más de 20 años en dicho régimen contando con toda la posibilidad de consulta y asesoría para determinar el fondo de pensiones que mejor le beneficiara sin que por otro lado años después considere que la simple enunciación de que el valor de las mesadas pensional varía entre los dos regímenes sea motivo suficiente para acceder a las pretensiones del escrito de la demanda debido a que conforme lo dispuesto en la ley 100 de 1993 ambos regímenes pensionales concurren legalmente enfatizando en que si la accionante tenía dudas acerca de la información suministrada debió acudir directamente a la entidad donde se encontraba afiliada para comparar cuál de los dos regímenes era el que más le beneficiado infiriendo que su desidia u omisión en aquel momento en modo alguno puede considerar enmendar con el presente litigio esta situación fundamentando también que en la actualidad la información que se le comunicó pues en ningún momento fue engañosa, esa es la argumentación de mi apelación.”

EXP. 40 2021 00099 01
Blanca Islana Cárdenas Rubio vs Colpensiones y otros.

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 41² años de edad y había cotizado 540,57³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 7 años 1 mes y 3 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda ya superaba la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 62 años de edad- ver folio 32 del archivo 04 y 4 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶.

² Nació el 30 de abril de 2001, folio 32 archivo 04.

³ Ver historia laboral expedida por Colpensiones folio 27 del archivo 26.

⁴ *Ibidem*

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la

EXP. 40 2021 00099 01
Blanca Islana Cárdenas Rubio vs Colpensiones y otros.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la*

nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes*”.

EXP. 40 2021 00099 01
Blanca Islena Cárdenas Rubio vs Colpensiones y otros.

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró que al momento de tomar posesión de su cargo en propiedad dentro de la Rama

EXP. 40 2021 00099 01
Blanca Islena Cárdenas Rubio vs Colpensiones y otros.

Judicial se acercó un asesor de PORVENIR le dijo que se afiliara a ese fondo, que iba a perder sus aportes en el seguro social, que allá tenía mejores rendimientos, que le devolvían los aportes en caso de que no se pudiera pensionar, y que se podría pensionar a cualquier edad, pero en ningún momento le explicaron las condiciones para acceder a una pensión de vejez, ni las diferencias con el otro régimen (Audiencia virtual del 13 de febrero de 2023, récord 36:26). Tampoco se acredita el cumplimiento del deber de información con la declaración de los testigos ALEJANDRO CASTILLO MUÑOZ⁷ y ORLANDO TOVAR GUZMÁN⁸, quienes indicaron estar presentes al momento de la afiliación de la demandante a PORVENIR, pues refirieron que el asesor le dijo a la actora que el ISS se iba a acabar y que su pensión sería mucho mejor en el fondo privado, pero no la ilustró sobre las características del RAIS ni sobre eventuales desventajas en su situación particular como lo exige la Sala Laboral de la Corte.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR y COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo los rendimientos y bonos pensionales, así como la devolución de los gastos de administración, montos de las primas de seguros previsionales y porcentaje

⁷ Audiencia del 8 de mayo de 2023, récord 14:15

⁸ Audiencia del 8 de mayo de 2023, récord 37:51

EXP. 40 2021 00099 01
Blanca Islena Cárdenas Rubio vs Colpensiones y otros.

destinado a la garantía de pensión mínima a cargo de aquellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁹), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

⁹ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 40 2021 00099 01

Blanca Islena Cárdenas Rubio vs Colpensiones y otros.

pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

2. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

3. SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 41 2021 00347 01
Nelsy Salamanca López vs Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE NELSY SALAMANCA LÓPEZ CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 2 de mayo de 2023 por el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NELSY SALAMANCA LÓPEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad y/o ineficacia* del traslado efectuado a COLFONDOS el 23 de septiembre de 1994, con fundamento en que los asesores no le informaron de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente, ni cierta las diferencias, ventajas y desventajas entre los regímenes. En consecuencia, pide que se declare que

EXP. 41 2021 00347 01
Nelsy Salamanca López vs Colpensiones y otro.

nunca se trasladó al régimen de ahorro individual y se condene a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexadas, el saldo de la cuenta de ahorro individual y rendimientos que se hubieren causado. (ver demanda folios 3 a 7 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

COLFONDOS se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que brindó a la demandante asesoría integral y completa respecto de las características, funcionamiento, ventajas, desventajas y diferencias entre el RPM y el RAIS, además de las implicaciones del traslado de régimen. Indica que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y con consentimiento expreso. Afirma que no se aportaron elementos probatorios que permitan demostrar que el traslado fue efectuado con vicios del consentimiento, y que la afiliación se encuentra ratificada con los 20 años de vinculación formal en la entidad. En su defensa propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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, buena fe y la genérica*. (ver demanda folios 4 a 15 del archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Asegura que al momento del traslado al RAIS la demandante no se encontraba inmersa en las prohibiciones de traslado y COLPENSIONES no puede actuar en contra de las disposiciones legales, por lo que no podía

EXP. 41 2021 00347 01
Nelsy Salamanca López vs Colpensiones y otro.

activar la afiliación de la demandante ni recibir los aportes. Como excepciones de mérito propuso *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.* (ver contestación folios 2 a 22 archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 2 de mayo de 2023 mediante la cual el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por NELSY SALAMANCA LÓPEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., para que, dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones*

EXP. 41 2021 00347 01
Nelsy Salamanca López vs Colpensiones y otro.

COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados. Así mismo, la citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos. De igual manera el despacho dispone que al momento de cumplir esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP COLFONDOS S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de la providencia. QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la demandante, en la suma de \$1.160.000. SEXTO: 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. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.” (Audiencia virtual, récord 46:56, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

EXP. 41 2021 00347 01
Nelsy Salamanca López vs Colpensiones y otro.

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 (...)*”.

EXP. 41 2021 00347 01
Nelsy Salamanca López vs Colpensiones y otro.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 28¹ años de edad y había cotizado 26,71² semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 mes 2 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 55 años – ver archivo 03).

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.

¹ Nació el 23 de junio de 1966.

² Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, página 11 a 13 archivo 01 expediente digital, trámite de primera instancia.

³ *Ibidem*.

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

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

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

EXP. 41 2021 00347 01
Nelsy Salamanca López vs Colpensiones y otro.

Para la Corte los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 41 2021 00347 01
Nelsy Salamanca López vs Colpensiones y otro.

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, no recibió ningún tipo de información, que el traslado a la AFP se dio como consecuencia de la vinculación laboral con COLFONDOS (Audiencia virtual del 11 de noviembre de 2022, archivo 12 del expediente digital, récord 9:14).

EXP. 41 2021 00347 01
Nelsy Salamanca López vs Colpensiones y otro.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, así como la devolución de los gastos de administración y montos de los seguros previsionales generados durante la afiliación (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁶, los cuales se deben

⁶ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de*

EXP. 41 2021 00347 01
Nelsy Salamanca López vs Colpensiones y otro.

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

EXP. 41 2021 00347 01
Nelsy Salamanca López vs Colpensiones y otro.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE HERNANDO HIGINIO HERRERA COCA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 6 de marzo de dos mil veintitrés (2023) por el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de reconocer y pagar una pensión de vejez.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, HERNANDO HIGINIO HERRERA COCA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, a partir del 21 de octubre de 2020, fecha en que radicó la solicitud de reconocimiento. Además, pide que se ordene el pago debidamente indexado de las mesadas adeudadas.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que nació el 20 de diciembre de 1952, cotizó 1301,71 semanas al sistema general de pensiones, laboró con la empresa CARROS DEL SUR S.A. desde el 1 de marzo de 2010 hasta el 29 de abril de 2020 y con la empresa TRANSUNISABANA entre el 1 de septiembre de 2005 y el 28 de febrero de 2010. Aduce que el 21 de octubre de 2020 solicitó el reconocimiento de la pensión de la pensión de vejez,

prestación que le fue negada mediante Resoluciones SUB 56430 del 3 de marzo de 2021 y DPE 6734 del 30 de agosto de ese mismo año. Refiere que su empleador dio por terminado su contrato de trabajo cinco meses antes de cumplir con el número de semanas exigidas para acceder a la pensión y que nunca le fue modificada su historia laboral (folios 1 a 5 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la contestó a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que el demandante no cumple los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez, particularmente en lo que atañe a las semanas cotizadas, pues aunque en la historia laboral se observa un total de 1301 semanas no es válido el aporte del mes de abril de 2020 por el valor del 3% de la cotización efectuado en aplicación del Decreto 558 de 2020 toda vez que este fue declarado inconstitucional en sentencia C-258 de 2020. En su defensa propuso como excepciones las de *inexistencia del derecho reclamado*, *cobro de lo no debido*, *presunción de legalidad de los actos administrativos*, *carencia de causa para demandar*, *prescripción*, *compensación* y la genérica (ver contestación archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de marzo de 2023 por la cual el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión estimó que el demandante no cumple con el requisito de semanas establecido en la Ley 797 de 2003, ello debido a que el periodo de abril de 2020 no puede ser tenido en cuenta como quiera que el Decreto 558 de 2020, que en su momento autorizó su pago solo en un 3%, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, y no se evidencia el pago por parte del empleador o del trabajador conforme la regla del Decreto 376 de 2021. Asegura que en este caso estamos frente a una responsabilidad compartida y que debido a que no se había vencido el plazo conferido por la norma para efectuar el pago completo del aporte, Colpensiones estaba impedida para realizar algún cobro coactivo.

La parte resolutive de la providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por HERNANDO HIGINIO HERRERA COCA por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones elevadas por la demandada. TERCERO: SIN CONDENA en COSTAS CUARTO: REMITIR copia de esta Providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado conforme lo normal 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 del demandante”* (archivo 019 del expediente digital, trámite de primera instancia récord 22:37).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el demandante asegura que al momento de ser retirado de la empresa le faltaban solo 5 meses para cumplir con las semanas cotizadas y que, si el hubiera sabido que tenía que pagar ese aporte lo hubiera hecho en la debida oportunidad, pero en su historia laboral nunca se registró un faltante. Sostiene que no es admisible que tres años después se le indique que le faltan semanas¹ (archivo 019 del expediente digital, trámite de primera instancia récord 22:32).

¹ “Si señor Juez interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho teniendo en cuenta que el señor Hernando Higinio Herrera Coca al momento del aporte y de ser retirado de la empresa le faltaban solo cinco meses para cumplir sus semanas cotizadas y entonces pues se le está perjudicando porque no se le accede a una petición que él tiene un derecho que ya tenía y también porque según el artículo 2.2.3.56 que es la misma contestación manifiesta la parte demandada debían haber hecho la actualización de la historia laboral del señor teniendo en cuenta el 3% nunca se hizo y como le manifiesto al Señor pues si él hubiera sabido que tenía que pagar ese aporte lo había hecho en su momento oportuno cuando cumplió sus semanas y no se le puede perjudicar de esta manera que tres años después digan que le falta la empresa está obligada porque él le faltaban solo cinco meses para que accediera a su derecho de pensión porque ya tenía la edad. Entonces en esos términos quiero sustentar la apelación en el artículo 2.3.56 que dice actualización de la historia laboral, la historia laboral deberá reflejar en cualquier caso el 3% de la cotización previamente aportado en cumplimiento del decreto legislativo 558 para la cobertura del aseguramiento invalidez y supervivencia para efecto de una prestación de vejez la historia laboral será actualizado una vez los aportantes paguen la totalidad del valor faltante de la cotización al sistema general de pensiones reitero Señor Juez a él en ningún momento le dijeron que tenía un faltante en la certificación de historia laboral Colpensiones le expidió alguna certificación por las 1301 semanas por eso él hizo su requerimiento el

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que el demandante nació el 20 de diciembre de 1952 y tenía la edad para acceder a la prestación en la fecha en que presentó la solicitud de reconocimiento pensional (21 de octubre de 2020).

La entidad negó la prestación mediante Resolución SUB56430 del 3 de marzo de 2021, por considerar que el demandante no cumplía con la densidad mínima de semanas de cotización pues tenía 1297, descontando el mes de abril de 2020 que fue cotizado sobre el 3% en aplicación de un decreto (el Decreto 558 de 2020) que así lo autorizaba y fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional con efectos *ex tunc*.

En consonancia con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, debe la Sala definir si procede o no el reconocimiento de la pensión de vejez que reclama el demandante.

Para resolver lo que corresponde el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, dispone el acceso a la pensión de vejez para 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”*.

Dentro de las semanas a considerar para el reconocimiento del derecho, no se pueden computar las que se pagaron deficitariamente con base en el artículo 3 del Decreto 558 de 2020 -expedido en el marco de la emergencia económica, social y económica por causa del Coronavirus COVID-19- (norma que autorizó pagar como aporte el 3% del ingreso de cotización en los periodos de abril y mayo de 2020), hasta cuando el pago completo no se haya efectuado, porque así lo decidió la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2020 con efectos *ex tunc* o desde entonces, o lo que es lo mismo

reconocimiento de la pensión de vejez, en estos términos dejo el recurso de apelación, gracias”

con efectos retroactivos. Dicha Corporación estimó, frente a las medidas contenidas en los artículos antes citados, que *“las personas naturales y jurídicas deberán efectuar el pago de los montos dejados de aportar para los periodos de abril y mayo cuyas cotizaciones debían efectuarse en los meses de mayo y junio de 2020 en el plazo razonable que señale el Gobierno Nacional en ejercicio de sus facultades ordinarias (..)”*.

No sobra advertir que en cumplimiento de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 376 de 2021², en cuyo artículo 2.2.3.5.2, se fijó un plazo de 36 meses, contados a partir del 1 de junio de 2021, para que los trabajadores dependientes e independientes que hubieran hecho uso del mecanismo contemplado en el Decreto Legislativo 558 de 2020 efectuaran el aporte de la cotización faltante sin lugar a la causación de intereses de mora, autorizando tanto al trabajador como al empleador para efectuar la totalidad del pago de la cotización faltante y posteriormente efectuar el cobro a quien corresponda. Además, en el artículo 2.2.3.5.7³ autorizó la contabilización de las semanas correspondientes a los meses de abril y mayo de 2020, para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas a quienes se les haya efectuado el 3% de la cotización, únicamente para acceder a las prestaciones de invalidez y sobrevivencia, no así para solicitudes relacionadas con el riesgo de vejez. En este último caso, según la norma, debe efectuarse el pago faltante del aporte.

² Por el cual adicionó el Decreto 1833 de 2016.

³ *“Artículo 2.2.3.5.7. Garantía de pensión. Los afiliados a quienes se les haya reconocido una prestación económica del Sistema General de Pensiones en las condiciones establecidas en el Capítulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, tendrán derecho a continuar disfrutando de dicha prestación.*

Los afiliados a quienes se les haya efectuado el tres por ciento (3%) de la cotización tendrán derecho a que las Administradoras del Sistema General de Pensiones contabilicen a su favor, las semanas correspondientes a los meses de abril y mayo de 2020, para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas con el fin de acceder a las prestaciones de invalidez y sobrevivencia en Colpensiones y la cobertura del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual, en cualquier momento.

Para el caso de las solicitudes de prestaciones económicas relacionadas con el riesgo de vejez que se hayan presentado ante las administradoras de pensiones en cumplimiento de lo establecido en el Capítulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, que no hayan sido resueltas, no se podrán contabilizar las ocho (8) semanas de cotización de los periodos correspondientes a abril y mayo de 2020, hasta tanto se efectué el pago faltante del aporte.”

Se confirmará entonces la sentencia de primera instancia pues no se demostraron aportes por el número de semanas requerido para acceder a la pensión reclamada. De la historia laboral expedida por COLPENSIONES, actualizada al 10 de diciembre de 2021 (expediente administrativo) se obtiene un total de 1297 semanas en toda la vida laboral del demandante, como quiera que el periodo de abril de 2020 figura con la observación “*pago Decreto 558/2020 COVID 19*”, y ninguna constancia se arrimó al expediente que dé cuenta del pago *completo* de dicho ciclo.

Vale la pena advertir (i) que en este asunto particular no estamos ante una omisión del empleador en el pago oportuno del aporte, y (ii) que aún se puede efectuar el pago correspondiente para habilitar con ello el cómputo de las semanas referidas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Exp. 41 2021 00407 01

Hernando Higinio Herrera Coca contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

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