

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

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

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

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RECURSOS DE APELACIÓN

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

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{2 3}, según

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

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

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

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

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

de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que su afiliación se dio al momento de ingresar a trabajar como médica general en Colsubsidio y que debía afiliarse a una AFP, siendo PROTECCIÓN S.A. la única que se encontraba presente, y existía el rumor de que el ISS no le podría asegurar su pensión, aun cuando entonces

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

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

Frente al recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. procedan a la devolución de la totalidad de lo descontado por concepto de gastos de administración, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

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

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

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

DECISION

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

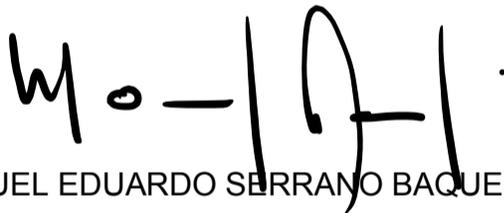


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 31 de mayo de 2021 por el Juez Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica (ver demanda en el archivo 12 folios 439 a 459 del expediente digital).

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

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

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

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

RECURSOS DE APELACIÓN

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

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

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión de vejez (tenía 59 años – ver archivo 1 folios 73 y 151 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{2 3}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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

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

³ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró ineficaz el traslado de régimen

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que el día en que recibió la asesoría grupal ofrecida por el personal de COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. -en el año de 1998- le hicieron una descripción de las desventajas de quedarse en el Instituto Seguros Sociales, las cuales versaban sobre su supuesta desaparición; mientras que, como ventajas, le predicaban una eventual mesada pensional superior a la que obtendría en el RPM, la posibilidad de pensionarse a cualquier edad o la posibilidad para *“retirar la bolsa”* de aportes, sin indicarle las condiciones necesarias para ello. Relató que los múltiples traslados horizontales obedecieron a las constantes visitas de asesores comerciales de las diferentes AFP a su lugar de trabajo, pero en ninguno admitió haber recibido una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 31 de mayo de 2021 Min. 26:37).

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

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

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

Frente al recursos de apelación parcial interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y lo señalado en el recurso de PORVENIR S.A. también se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

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

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

pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 04 2020 00194 01

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

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.', with a horizontal line through the middle and a vertical line on the right side.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

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

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RECURSOS DE APELACIÓN

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

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

años de edad y había cotizado 835,29 semanas¹; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 10 años, 7 meses y 8 días cotizados); y para la fecha de presentación de la demanda ya había superado la edad mínima necesaria para adquirir la pensión de vejez (tenía 63 años – ver archivo 01 folios 1 y 21 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{2 3}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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

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

³ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que el día en que su traslado obedeció a las reiteradas visitas que recibió de asesores de PORVENIR S.A. -en el año de 1999- quienes, insistieron en una descripción mínima de las desventajas de quedarse en el Instituto Seguros Sociales, las cuales versaban sobre su inminente desaparición y la pérdida de aportes de sus afiliados y en cambio en el RAIS obtendría ventajas en cuanto a rendimientos, poderse pensionar antes de la edad y con una mesada superior, sin darle una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (Audiencia virtual archivo 15 del expediente digital, Min. 21:38).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

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

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

Conociendo en consulta se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron

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

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

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

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para ORDENAR la anulación del bono pensional tipo A y ordenar a PORVENIR S.A. la devolución de su valor al emisor, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.
- 2. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
- 3. CONFIRMARLA** en todo lo demás.
- 4. COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EXP. 07 2018 00657 02

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA VOLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

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

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

ANTECEDENTES

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

EXP. 09 2019 00119 01
Olga Esperanza Castro Paredes Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra.

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

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

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

EXP. 09 2019 00119 01
Olga Esperanza Castro Paredes Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra.

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

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

EXP. 09 2019 00119 01
Olga Esperanza Castro Paredes Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra.

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

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP. Sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por la demandante, consideró que lo único que se puede extraer es que para le época tenía la profesión de abogada, lo cual resulta insuficiente, de lo cual no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

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

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

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

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

³ *Ibidem*.

EXP. 09 2019 00119 01
Olga Esperanza Castro Paredes Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra.

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

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

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

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

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

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

EXP. 09 2019 00119 01
Olga Esperanza Castro Paredes Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra.

Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que su traslado obedeció a la visita grupal que recibió de asesores de varios fondos de pensiones, entre ellos COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS -en el año de 1999- quienes en un tiempo limitado le indicaron que el ISS se acabaría por lo que corrían riesgo de permanecer vinculados a éste y era necesario que seleccionaran una AFP para trasladarse, en ninguna forma recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (CD 2 Min. 12:25).

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

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

gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

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

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

SIN condena en COSTAS en esta instancia.

DECISION

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA ÓLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la sentencia dictada el 14 de julio de 2021 por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, NIDDA AMPARO FLÓREZ MORENO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad* o, en subsidio, la ineficacia o *invalidéz* del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante en el mes de mayo de 1997. La anterior pretensión fue fundamentada sobre el argumento según el cual el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de una información adecuada y completa por parte de COLFONDOS S.A., pues esta

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

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

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

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

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

su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago* (ver contestación en archivo 1 folios 149 a 162 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de julio de 2021, mediante la cual el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante NIDDA AMPARO FLÓREZ MORENO al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1 de mayo de 1997, a través de la afiliación con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme lo expuesto. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante señora NIDDA AMPARO FLÓREZ MORENO al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme lo expuesto. TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora NIDDA AMPARO FLÓREZ MORENO como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS con motivo de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación de la señora de NIDDA AMPARO FLÓREZ MORENO al*

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{2 3}, según

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que su traslado obedeció a la visita grupal que recibió de asesores de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS -en el año de 1997- quienes en un tiempo limitado le indicaron que en el fondo privado tendría mejores prestaciones, se podría pensionar a cualquier edad y con lo que tuviera ahorrado, y que sus aportes tendrían rendimientos al ser una cuenta de ahorro individual, en ninguna forma recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las

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

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

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía el juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas

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

SIN condena en COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RECURSO DE APELACIÓN

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

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, para advertir que basta la afirmación relativa a la existencia de un contrato de trabajo para que la competencia sea de la jurisdicción laboral, pues ésta se determina por los hechos y pretensiones que se alegan al inicio del proceso².

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

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

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

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

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

Para resolver la controversia suscitada sobre la existencia de un contrato de trabajo entre las partes son pertinentes entonces los artículos 22, 23 y 24 del CST. El primero define al contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*. El segundo (artículo 23) dispone como elementos esenciales del contrato la *actividad personal* del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, la continuada *subordinación o dependencia* del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el *salario*, contraprestación directa del servicio. Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COSTAS en la apelación a cargo de la SECAB.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

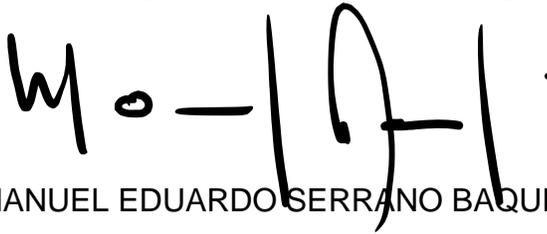


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'M', a small circle, a horizontal line, and a large, looped 'H' followed by a period.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

6

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

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

RECURSO DE APELACIÓN

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

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

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

¹ Ver historial laboral de COLPENSIONES aportada con el expediente administrativo aportado por la entidad demandada (CD 2).

² *Ibídem*.

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

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

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

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

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

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

en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (el 15 de febrero de 1995), como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. Esta Sala estima que el interrogatorio de parte rendido por la demandante (CD 3, audiencia virtual, minuto 40:33) no es prueba de que se le haya brindado información a la afiliada en los términos establecidos por la Corte, pues ella indicó que asesores comerciales del fondo privado brindaron información mediante asesoría grupal, en la empresa para la que ha laborado durante los últimos 27 años (MARKET MEDIOS COMUNICACIONES SA), en la cual afirmaron que el fondo privado brindaba mejores condiciones, como pensionarse antes de la edad exigida o retirar su plata en cualquier momento. Además, en el caso bajo estudio, el fondo no respetó el tiempo mínimo de permanencia de tres (3) años contados a partir de la selección inicial de régimen pensional, de conformidad con lo establecido el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, literal e) antes de las modificaciones⁵, dado que la selección inicial la hizo el 4 de mayo de 1994 cuando se afilió al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, hecho que se obtiene de la historia laboral de COLPENSIONES aportada con el expediente administrativo (CD 2), y el traslado al RAIS se realizó un año después, el 15 de febrero de 1995.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca*

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

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

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para: (i) ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en dicho régimen, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), Corporación que ha estimado que esta declaración (la ineficacia), obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO); y (ii) declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en la que incurrió el fondo de pensiones.

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

DECISION

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

RESUELVE

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE CARMEN AMALIA ROJAS JIMÉNEZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

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

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

¹ Ver historial laboral de COLPENSIONES obrante a folio 11 del expediente y en el expediente administrativo aportado por la entidad demandada (CD 1).

² *Ibidem*.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar información al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *"(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*. En este sentido: (i) *"El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, 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*

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia *"(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (el 4 de julio de 1996), como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas

que pudiera tener para cada afiliado pues en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”.

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

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

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para: (i) ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en dicho régimen, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), Corporación que ha estimado que esta declaración (la ineficacia), obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, “*pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por*

COLPENSIONES” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO); y (ii) declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 23 de junio de 2021 por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ÁNGELA MARÍA HURTADO TOBÓN presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en mayo de 2001, con fundamento en que no se le brindó información clara y suficiente sobre las consecuencias del traslado, omitiendo información sobre los riesgos que debería asumir y sobre las ventajas y desventajas de

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

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

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

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

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

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

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

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

RECURSOS DE APELACIÓN

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10

años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

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

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

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

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

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

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

³ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

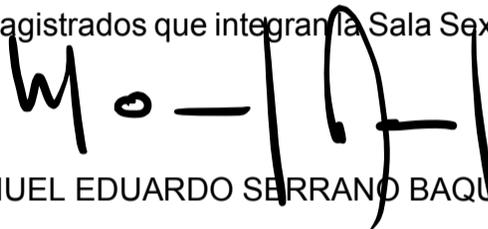
⁶ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 16 2019 00056 01
 Ángela María Hurtado Tobón Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
 COLPENSIONES y Otra

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

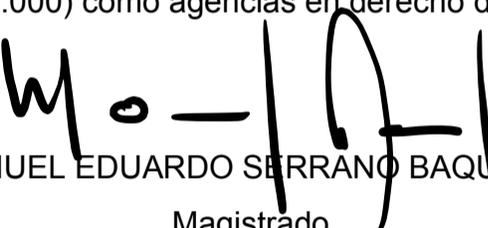
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


 MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
 Magistrado


 LORENZO TORRES RUSSY
 Magistrado


 MARLENY RUEDA OLARTE
 Magistrada

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


 MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
 Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE FERNANDO OVALLE CASTRO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

Termino la primera instancia con sentencia de 23 de junio de 2021, mediante la cual el Juez Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

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

EXP. 16 2019 00364 01
Fernando Ovalle Castro Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro

apelada la sentencia se ordena remitir el proceso a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES” (CD 3, audiencia virtual, minuto 59:18).

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

RECURSOS DE APELACIÓN

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

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

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. (por absorción de la AFP HORIZONTE) no aportó el formulario de afiliación suscrito por el demandante para efectuar el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni probó haberle brindado *toda la información pertinente* en ese momento (30 de agosto de 1994 conforme el historial de vinculaciones en la base de datos SIAFP), como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

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

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

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de todos los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, pues así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema en el precedente que se está siguiendo (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), y por ello no opera el fenómeno prescriptivo sobre dichos valores.

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

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

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

Finalmente, se confirmará la condena en costas que se le impuso a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en los folios 68 a 77 del plenario).

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ CRISTÓBAL CASTRO ANTONIO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD JARDICOL LTDA Y LOS HEREDEROS
DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE LUCAS ALFREDO ROSERO
SOLARTE**

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

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RECURSO DE APELACIÓN

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

OPERACIONES ARITMÉTICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Exp. 17 2016 00477 01

José Cristóbal Castro Antonio Vs. Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y otros.

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

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

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

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

RECURSOS DE APELACIÓN

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

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

² *Ibidem*.

edad de pensión (tenía 55 años de edad – ver archivo “2019-727.pdf” folios 30 y 71 del expediente digital).

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

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP’s han tenido siempre la obligación de brindar información al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica,*

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la

sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* al demandante en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió el demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que en la institución en la que laboraba (BANCO DE BOGOTÁ), recibió asesorías grupales reiteradas en que se limitaban a informar que podría jubilarse más pronto y con una mejor pensión que la que le correspondería en el RPM, que el dinero que acumulara generaría rendimientos, y también le dijeron que el ISS se iba a acabar y que perdería sus ahorros (Audiencia virtual Carpeta *“VIDEOS AUD. 18-03-2021”* Archivo *“VIDEO No. 1 - AUD. ORD. 11001310501720190072700.mp4”* Min. 12:48).

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

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

en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia.

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

Finalmente, se confirmará la condena en costas que se le impuso a la AFP COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en en archivo *“2019-727.pdf”* folios 96 a 120 del expediente digital).

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

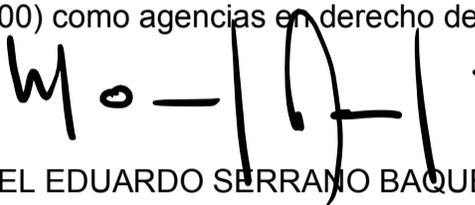
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

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

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RECURSOS DE APELACIÓN

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años 5 meses y 5 días)²; y para la fecha de presentación de la demanda ya había superado la edad mínima para alcanzar la pensión de vejez (tenía 61 años – ver archivo 01 folios 112 y 114 del expediente digital).

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

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

² *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional de la demandante, pues COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado; en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues indicó que su traslado obedeció a que se trataba de un requisito para ingresar a laborar, por lo que debido a la premura se vinculó con una asesora de PORVENIR S.A. -en el año de 1998- quien se limitó en una asesoría muy corta a decir que dicho fondo la ofrecía ventajas para pensionarse, especialmente ante la inminente desaparición del Instituto Seguros Sociales, que se trataba de un ahorro con rendimientos y no tenía ninguna desventaja, omitió darle información sobre las características de los regímenes y los requisitos para obtener la pensión. Relató que el segundo traslado obedeció igualmente a la suscripción de un contrato por lo que se reunió con un asesor de COLFONDOS S.A., quien no le proporcionó ningún tipo de información, pero en ninguno recibió una asesoría completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de

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

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

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

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

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

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 18 2020 00048 01

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

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.', with a horizontal line through the middle and a vertical line on the right side.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

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

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

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

RECURSOS DE APELACIÓN

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 510,43 semanas¹; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años 4 meses)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver archivo folios 1 y 11 del expediente digital).

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

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

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

² *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La referida corporación estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

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

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación en dichas administradoras, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1995 este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el juez de primera instancia.

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

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

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 19 2018 00700 01

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

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado