

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE VERÓNICA ARAQUE TRIANA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 8 de julio de 2021 por el Juez Quinto (5º) 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 Carlos Alberto Ballesteros Barón, quien se identifica con T.P. 33.513, apoderado principal de la demandante. Así mismo, téngase al doctor Jair Fernando Atuesta Rey, quien se identifica con T.P. 219.124, para actuar como apoderado principal de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, VERÓNICA ARAQUE TRIANA presentó demanda contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la *nulidad* o ineficacia o, en subsidio, la *inexistencia* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en agosto de 2000, con fundamento en que COLFONDOS S.A. la indujo a error, al tener una campaña muy agresiva por medio de comunicación y visitas personales, cuyos asesores no tenían la formación necesaria ni proporcionaron información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse, pues omitieron informar los riesgos de dicha afiliación, así como los requisitos para acceder a la pensión de vejez, la negociación del bono pensional o el derecho de retracto, por el contrario, ofrecieron ventajas pensionales, mejor monto de la pensión y afirmar que el ISS se acabaría. En liquidación pensional previa a la demanda, evidenció que obtendría una suma muy inferior en el RAIS, respecto del RPM. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene a la AFP demandada el traslado de la totalidad de las sumas de dinero, bonos, cotizaciones y sumas adicionales por concepto de cotizaciones obligatorias, con sus rendimientos, así como el pago de perjuicios morales estimados en 200 SMLMV (ver demanda en archivo 001 folios 4 a 16).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que el traslado de la demandante a dicha entidad se dio de manera libre, voluntaria e informada, pues se brindó la debida asesoría integral y completa relativa a las características, ventajas y desventajas de cada régimen, así como cálculos comparados y que el monto de su pensión sería determinado al cumplir los requisitos para ello, conforme a lo cual firmó el formulario de afiliación, sin que se exigiera el deber de información en los términos que reclama la actora, pues éste nació conforme a una Ley posterior al traslado. Agregó que la demandante se encuentra incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, al no ser beneficiaria del régimen de transición, y no es dable reclamar un vicio del consentimiento luego de 22 años de afiliación al RAIS sin hacer uso del derecho de retracto y sin que pueda predicarse engaño al no cumplirse sus expectativas pensionales, pues cada régimen tiene características y ventajas propias. Manifestó que no se acreditó

perjuicio alguno y no es dable indemnizar las meras expectativas. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e inexistencia de perjuicios* (ver contestación en archivo 001 folios 119 a 152).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que la demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, sin que cumpla los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Agregó que no es razonable imponer a las AFP obligaciones de cálculos o asesoría no contenidas en las normas vigentes para la época del traslado. En consecuencia, no se evidencia que se hubiera presentado vicio del consentimiento al momento de la afiliación, cuya carga probatoria recae en quien lo afirma, lo cual no sucede en el presente asunto y, de ser el caso, el mismo no se alegó dentro del término consagrado en el artículo 151 del CPTSS. Así mismo, advierte que no se hizo uso del derecho de retracto, ni se evidencia que el accionante hubiera querido trasladarse previamente al RPM. Propuso como 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 seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 001 folios 209 a 239).

Terminó la primera instancia con sentencia de 8 de julio de 2021, mediante la cual el Juez Quinto (5º) 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 NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora VERÓNICA ARAQUE TRIANA, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses, y COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: ABSOLVER las demandadas de las demás pretensiones de la demanda. DECLARANDO parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de los perjuicios morales. CUARTO: COSTAS a cargo únicamente de COLFONDOS S.A.. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes. QUINTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTASE con el superior a favor de COLPENSIONES”* (Audiencia Virtual del 8 de julio de 2021 Min. 53:47).

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. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, el cual ni siquiera fue allegado al plenario, en tanto únicamente se allegó el historial de afiliaciones. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de la demandante pidió que se revoque parcialmente la decisión, por considerar que se debió condenar en costas a COLPENSIONES, como quiera que dicha entidad controvertió las pretensiones y fue vencida en juicio, como lo dispone el artículo 365 del CGP (Audiencia Virtual del 8 de julio de 2021 Min. 54:55).

La apoderada de COLPENSIONES, también presentó recurso en que pidió se revoque la decisión, como quiera que la vinculación de dicha entidad al trámite es residual y no tuvo injerencia alguna en el traslado efectuado por la demandante, pues este estuvo a cargo de la AFP, quien debía brindar la información completa, veraz y oportuna, así como verificar que en qué régimen desea continuar el afiliado antes de que falten menos de 10 años para cumplir la edad pensional, por lo que se debería condenar a dicha entidad a efectuar el reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que recibiría la demandante en el RPM, pues dicho efecto de reconocimiento no puede recaer en su representada (Audiencia Virtual del 8 de julio de 2021 Min. 57:34).

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 38 años de edad y había cotizado 944,43 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 001 folios 34 a 43.

de cotizaciones al Sistema (tenía 11 años 10 meses y 8 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver archivo 001 folios 17 y 104).

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

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

² *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”.*

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. 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); (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, 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 el asesor de COLFONDOS S.A. en una corta reunión únicamente le indicó que se podía pensionar a cualquier edad, sin indicar los requisitos para ello (Audiencia Virtual del 4 de mayo de 2021 Min. 10:37). En ninguno de los traslados efectuados recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, 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 el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía definir la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de aquella, como quiera que al respecto se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia 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.

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”.*

Finalmente, en respuesta al recurso interpuesto por la parte actora, se adicionará la condena en costas para que las mismas sean a cargo también de COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en archivo 001 folios 209 a 239).

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 (i) 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 (ii) disponer que la condena en costas de primera instancia también se encuentra a cargo de COLPENSIONES.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 05 2020 00094 01

Verónica Araque Triana 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

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE FLOR EPIMENIA GONZÁLEZ DE GUTIÉRREZ
(en calidad de Curadora Judicial de REY GERARDO GUTIÉRREZ
SALAZAR) CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta (30) días de septiembre 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 la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 1º de junio de 2021. En ella se CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar el retroactivo de las mesadas causadas entre el 27 de febrero de 2013 y el 30 de marzo de 2016, de una pensión de vejez reconocida al amparo del Acuerdo 049 de 1990.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, FLOR EPIMENIA GONZÁLEZ DE GUITÉRREZ, en condición de guardadora judicial de REY GERARDO GUTIÉRREZ (interdicto mental absoluto), presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozcan en su favor las

mesadas pensionales causadas y no pagadas desde el año 2008 (momento en el que se causó el derecho), debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el ISS, hoy COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez a REY GERARDO GUTIÉRREZ SALAZAR mediante la Resolución No. 27803 del 1° de diciembre de 2001. El pensionado cobró las mesadas pensionales hasta el mes de junio de 2002, pues la entidad bancaria retuvo el valor de la pensión por haber presentado otra cédula de ciudadanía, y a partir de ese momento dejó de cobrar de forma voluntaria las mesadas pensionales. Aduce que en el mes de marzo del año 2006 el ISS suspendió el pago de la prestación bajo la causal “no cobro de mesadas”, y por ello realizó el trámite de corrección del registro civil de nacimiento y solicitó la expedición de una nueva cédula de ciudadanía, documentación con base en la cual la entidad reactivó el pago de la mesada pensional en el mes de febrero de 2011 y reconoció el retroactivo causado desde noviembre de 2009 e interpuso denuncia penal contra del pensionado por los delitos de fraude procesal y estafa agravada, proceso que terminó con sentencia condenatoria proferida el 21 de mayo de 2014 a través de la cual se le impuso la pena privativa de la libertad de 39 meses de prisión. En resumen, afirma que la entidad solo reconoció la prestación a favor de REY GERARDO GUTIÉRREZ SALAZAR a partir del año 2016, pese a que cumplió los requisitos de acceso al derecho pensional en el año 2008, fue declarado interdicto mental absoluto en el año 2014, y cumplió la totalidad de la pena privativa de la libertad que le fue impuesta. Por todo lo anterior, pide el pago de las mesadas que no fueron pagadas por la entidad, el cual se debe efectuar debidamente indexado.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el pensionado no ha devuelto el valor de las mesadas que se giraron indebidamente y sin causa en su favor en virtud de la Resolución No. 027803 de 2001, reconocimiento pensional que se

consiguió después de cometer el delito de fraude y estafa agravada. Propuso como excepciones las de *inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, solicitud de condena en costas al demanda y la innominada o genérica* (ver folios 73 a 84 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia proferida el 1° de junio de 2021, a través de la cual la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar el retroactivo de las mesadas causadas entre el 27 de febrero de 2013 y el 30 de marzo de 2016 de una pensión de vejez reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en la suma total de \$37.848.572, junto con la indexación de las mesadas insolutas de pago.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“Condenar a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante Señor REY GERARDO GUTIÉRREZ SALAZAR la suma de \$37.848.572 pesos correspondientes al retroactivo de la pensión a partir del día 27 de febrero del año 2013 hasta el mes de marzo de 2016 junto con la indexación de las mesadas insolutas de pago, mes a mes, a partir de la exigibilidad de cada mesada hasta cuando se produzca el pago la obligación. La excepción de prescripción se declara suspendida a partir del día 27 de febrero del año 2013 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. Costas a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se fija en la suma de \$2.800.000 pesos por concepto de agencias en derecho”* (CD 4, audiencia virtual No 2, minuto 24:45).

Para tomar su decisión la juez de primera instancia concluyó la procedencia del reconocimiento de la prestación a partir del 27 de febrero de 2013, cuando elevó la reclamación dado que el término de prescripción se suspende cuando

se trata de personas incapaces, y en general de quienes se encuentren bajo tutela y curaduría. Condenó a la entidad demandada a pagar el retroactivo pensional causado entre el 27 de febrero de 2013 y el 30 de marzo de 2016 en la suma total de \$37.848.572, pago que se debe realizar debidamente indexado. Además, advirtió que COLPENSIONES no puede deducir valores por el pago indebido o por una presunta deuda del titular del derecho, pues debe acudir para ese efecto a las acciones de cobro correspondientes.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada 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. Afirma que el reconocimiento del derecho pensional del año 2016 se hizo a corte de nómina y teniendo en cuenta que el actor no demostró haber reintegrado la suma de \$34.378.116, sumas de dinero que no debieron ser girados a su favor pues no había adquirido el derecho y lo obtuvo por un fraude en virtud del cual fue condenado por la justicia penal, por ello que no es procedente la orden de pago del retroactivo pensional que se reclama (CD 4, audiencia virtual No 2, minuto 27:57)¹.

¹ “Gracias señora Juez, interpongo recurso de apelación en contra de la decisión anteriormente dictada, pues en esta diligencia que nos ocupa. (Tiene el uso de la palabra para sustentar el recurso.) Gracias, queda probada la existencia de la obligación de que el instituto de seguros sociales le reconoció la pensión de vejez al señor Gutiérrez Salazar mediante la Resolución número 0 27 803 de 2001 en aplicación del Decreto 758 de 1990, el 24 de julio del 2006 se suspendió la pensión en nómina al no ser cobradas las mesadas pensionales para marzo, mayo y julio del 2006 y posteriormente la prestación fue reactivada el 8 de febrero de 2011 y se suspendió el 8 de febrero de 2011, en la que se verificó una inconsistencia entre la fecha de nacimiento de registro civil y la cédula de ciudadanía del pensionado. La Fiscalía inició un proceso penal contra el señor Gutiérrez Salazar por el delito de fraude y estafa agravada, proceso que terminó con sentencia condenatoria, razón por la cual le fue retirada la pensión de vejez, mediante la Resolución GNR número 449 437 de diciembre de 2014, la entidad negó la reactivación de la prestación y ordenó al asegurado el reintegro de \$34.378.116 pesos, por concepto de las mesadas pensionales que no debieron ser giradas por cuanto el señor Gutiérrez no tenía derecho, posteriormente mediante la resolución GNR 84 876 del 18 marzo de 2016, se reconoce pensión de vejez a favor del señor Gutiérrez, sin embargo, ésta se

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para resolver la instancia: (i) que mediante la Resolución No. 027803 de 26 de noviembre de 2001 el ISS, hoy COLPENSIONES, reconoció pensión de vejez a favor de REY GERARDO GUTIÉRREZ SALAZAR a partir del 1° de diciembre de 2001, en cuantía inicial de \$501.585, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, beneficio pensional que se le otorgó al actor después de presentar ante la entidad un registro civil de nacimiento y una fotocopia de cédula de ciudadanía falsos, pues en ellos se registraba una fecha de nacimiento anterior (15 de marzo de 1941) a la que se registra en la documentación que se aportó en este expediente (15 de marzo de 1948 – ver antecedentes en las resoluciones obrantes a folios 13 a 16, 25 a 29, 32 y 33, y documentos de identidad en folios 8 y 9); (ii) que la entidad suspendió el pago de la mesada pensional el 24 de julio de 2006 bajo la causal “no cobro de mesadas”, y reactivó el pago de la prestación el 8 de febrero de 2011, momento en el cual

reconoce a corte de nómina hasta la, hasta que el asegurado reintegré las sumas que se giraron indebidamente. Teniendo en cuenta que el señor Gutiérrez no ha cancelado las mesadas que se giraron indebidamente a su nombre, no es procedente entonces el reconocimiento de retroactivo de la pensión de vejez de la que se acaba de acceder, mediante la sentencia. Mi representada en el ejercicio de sus funciones ha cumplido a cabalidad con lo establecido en la ley para cada caso en particular bajo los parámetros fundamentales consagrados en la Constitución, por lo que todas y cada una de sus resoluciones se circunscriben al principio buena fe, exenta de culpa y al principio de legalidad, adicionalmente, debe tenerse en cuenta por el fallador de instancia, que el principio de buena fe se extiende hasta el momento del cambio del acto normativo de cualquier orden judicial en los términos de la sentencia C 956 del 2011, como suceden este asunto, en el cual se reconoce la pensión establecida en el Acuerdo 049 de 1990 al demandante, obteniendo el ingreso base de liquidación de los aportes efectivamente realizados por trabajadores reportados a la entidad, en tanto debe tenerse en cuenta que en el caso en concreto la entidad mediante Resolución GNR 449 437 del 30 diciembre 2014, negó la reactivación de las prestaciones y ordenó al asegurado el reintegro del valor de 34.378.116 pesos por concepto de mesadas pensionales que no debieron ser giradas, por cuanto el señor Gutiérrez no tenía el derecho, posteriormente mediante la Resolución GNR 84 876 del 18 marzo 2016, reconoce la pensión de vejez a favor del señor Gutiérrez, sin embargo, se reitera está se le reconoció a corte de nómina hasta que la asegurado reintegré las sumas de dinero que se generaron indebidamente, bajo estos bajo estos parámetros señora Juez queda entonces sustentado el recurso interpuesto en contra de la decisión proferida”.

reconoció el retroactivo pensional causado desde noviembre de 2009, no obstante el 5 de abril de 2011 dispuso suspender nuevamente el pago de la mesada pensional e interpuso denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación dadas las irregularidades que evidenció en la documentación antes referida (ver folio 23 y 25 a 29); (iii) que mediante sentencia proferida el 21 de mayo de 2014, el JUZGADO CINCUENTA PENAL DEL CIRCUITO condenó a REY GERARDO GUTIERREZ SALAZAR a la pena principal de 39 meses de prisión y multa de 106 SMLMV, como autor responsable de los punibles *Fraude procesal* y *Estafa agravada*, cometidos en las circunstancias descritas, pena que fue cumplida en prisión entre el 4 de septiembre de 2014 y el 3 de diciembre de 2017 (ver decisiones en folios 37 a 57); (iv) que mediante la Resolución GNR 84876 de 18 de marzo de 2016, COLPENSIONES ordenó el pago de la pensión de vejez a favor del demandante a partir del 1° de abril de 2016, en cuantía inicial de \$1.104.091, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990. En esta Resolución la entidad demandada reconoció que el actor adquirió el status pensional el 15 de marzo de 2008, no obstante dispuso el disfrute de la pensión a corte de nómina, hasta tanto se determinen las sumas que deben ser reintegradas a favor de la entidad (ver resolución en folios 13 a 16); y (v) que mediante sentencia proferida el 19 de septiembre de 2014, el JUZGADO QUINTO (5°) DE FAMILIA DE DESCONGESTIÓN declaró en estado de interdicción por discapacidad mental absoluta a REY GERARDO GUTIÉRREZ SALAZAR, y le designó como guardadora legítima a su cónyuge FLOR EPIMENIA GONZÁLEZ DE GUTIÉRREZ, quien tomó posesión como guardadora el 25 de enero de 2017 (ver folios 11, 12 y 118).

El Tribunal debe decidir si procede o no el pago de las mesadas causadas entre el 27 de febrero de 2013 y el 30 de marzo de 2016, para lo cual se debe definir (i) la fecha a partir de la cual nació el derecho, y (ii) si procede o no la compensación de las mesadas que se llegaren a adeudar con los valores que pagó de más y sin causa la entidad a favor de REY GERARDO GUTIÉRREZ SALAZAR.

(i) RETROACTIVO PENSIONAL. Para resolver lo primero 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).

Dicho retiro puede ocurrir por manifestación expresa cuando se realizan todos los trámites administrativos de retiro, o tácitamente cuando el afiliado que cumple los requisitos legales para acceder a la pensión dejó de efectuar aportes al Sistema, o cuando ha elevó reclamación de la pensión con los requisitos cumplidos pues en ambas situaciones se puede entender que renunció al derecho que protege la norma consistente –se repite- en obtener aumentos en su pensión por cotizaciones adicionales a las mínimas.

Con estas premisas normativas y una vez revisado el expediente concluye el Tribunal que el derecho pensional nació el 15 de marzo de 2005 cuando el demandante cumplió 60 años de edad y completó más de 1000 semanas cotizadas en toda la vida laboral², pues para ese momento había dejado de efectuar aportes al Sistema. La última cotización se reportó en el ciclo de mayo de 2002 (ver folios 17 y 18). Sin embargo, por prescripción, la entidad demandada solo estaba obligada al pago las mesadas que corrieron desde el 27 de febrero de 2013, como lo concluyó la juez de primera instancia, dado que el término trienal se interrumpió con la reclamación pensional elevada el 29 de mayo de 2015 (ver folio 13 vto) que fue resuelta con la resolución GNR

² Ver registro civil de nacimiento y cédula de ciudadanía en los folios 8 y 9, en los que se observa que el demandante nació el 15 de marzo de 1948 y ver la historia laboral actualizada en la que se observan 1457.91 semanas cotizadas en toda la vida laboral en folios 17 y 18 del plenario.

84876 de 18 de marzo de 2016, notificada el 20 de mayo del mismo año. La demanda se interpuso el 15 de junio de 2018 (ver folio 1).

Así las cosas, la acción para el reclamo de las mesadas causadas con anterioridad al 27 de febrero de 2013 se encuentra prescrita, razón por la cual se confirmará la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto dispuso el reconocimiento del retroactivo pensional causado entre el 27 de febrero de 2013 y el 30 de marzo de 2016 (un día antes del reconocimiento o reactivación de la mesada pensional), e incluso en cuanto tasó su valor en la suma de \$37.848.572, pues una vez efectuadas las operaciones aritméticas que constan en el siguiente cuadro se obtiene una suma superior a la definida por el *a-quo*, que no puede ser modificada porque se afectaría el interés de COLPENSIONES, a favor de quien se está conociendo esta materia en segunda instancia.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

RETROACTIVO PENSIONAL CAUSADO ENTRE EL 27 DE FEBRERO DE 2013 Y EL 30 DE MARZO DE 2016				
AÑO	MESADA PENSIONAL	INCREMENTO	NÚMERO DE MESADAS	TOTAL MESADAS
2013	\$ 978.588	1,94%	12,13	\$11.873.532
2014	\$ 997.572	3,66%	14	\$ 13.966.014
2015	\$ 1.034.084	6,77%	14	\$ 14.477.170
2016	\$ 1.104.091		3	\$ 3.312.273
TOTAL RETROACTIVO				\$43.628.988

Las operaciones aritméticas se realizaron teniendo en cuenta 14 mesadas al año teniendo en cuenta que el derecho por mandato del inciso 8 y el parágrafo 6 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que se causó antes del 31 de julio de 2011 (se causó el 15 de marzo de 2008) en una cuantía inferior a 3 SMLMV.

(ii) COMPENSACION Y ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA. Para definir si procede la deducción o restitución del valor de las mesadas pagadas de forma indebida al demandante antes del 15 de marzo de 2008 (status pensional), la Sala estima procedente aplicar el principio jurídico de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, remedio excepcional que, *inspirado en el principio de equidad, apunta a evitar que se consolide un desequilibrio patrimonial que carece de justificación o fundamento legal*³. Para su procedencia, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han señalado que dicha acción cabe cuando se demuestran los siguientes elementos esenciales: i) que ocurra el enriquecimiento o aumento de un patrimonio; ii) que ocurra el empobrecimiento correlativo de otro patrimonio, iii) que dicha situación no tenga una fundamento jurídico válido, y iv) que no haya sido provocada por el mismo empobrecido (este último requisito lo agregó el Consejo de Estado⁴).

Con base en este criterio jurisprudencial y una vez revisado el expediente, resulta claro para el Tribunal que existió un enriquecimiento en el patrimonio de REY GERARDO GUTIÉRREZ SALAZAR consistente en el valor de las mesadas que la entidad pagó a su favor sin causal legal a partir del año 2001, pues para entonces no había cumplido los requisitos de acceso a la pensión, y que ello ocurrió a costa del patrimonio del ISS, hoy COLPENSIONES, entidad que realizó el pago de las mesadas pensionales.

Asimismo resulta clara la ausencia de fundamento jurídico para el traslado patrimonial, y que ello no fue provocado por el empobrecido, pues el reconocimiento pensional dispuesto en la Resolución No 027803 de 26 de noviembre de 2001 se efectuó con base en un registro civil de nacimiento y cédula de ciudadanía falsos que aportó el demandante en lo referente a su fecha de nacimiento actuación por la cual fue condenado en sede judicial por

³ Sentencia SC-086 del 2 de octubre de 2008 RADICACIÓN 2002-00034-01. MP CESAR JULIO VALENCIA COPETE

⁴ Sentencia de la Sección Tercera de fecha 30 de marzo de 2006. Radicación 01968-01 (25662). MP RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

los delitos de fraude procesal y estafa agravada (ver sentencia anticipada proferida el 21 de mayo de 2014 por el JUZGADO CINCUENTA PENAL DEL CIRCUITO – ver folios 37 a 55).

Así las cosas, resulta clara la obligación del demandante de devolver los dineros que COLPENSIONES le pagó sin causa jurídica, materia que se puede definir en esta instancia en apelación y consulta a favor de la entidad en atención a los argumentos esgrimidos por la apoderada de la entidad demanda en su contestación, alegatos de conclusión y recurso de apelación. Además y frente a cualquier interpretación que predique la inaplicación del principio del enriquecimiento sin causa a este caso, para la Sala resulta clara también la necesidad de aplicar la *compensación* de deudas, modo de extinguir obligaciones recíprocas regulado en el artículo 1714 del código Civil y sobre el cual se pronunció COLPENSIONES desde la contestación a la demanda, al afirmar en su defensa la existencia de la obligación a cargo del demandante de devolver las sumas de dinero que recibió indebidamente.

En consecuencia, se adicionará la sentencia dictada en primera instancia para autorizar a la entidad a descontar del retroactivo pensional que se reconoce en favor del demandante en esta sentencia, los valores que pagó por concepto de mesadas pensionales a REY GERARDO GUTIÉRREZ SALAZAR antes del 15 de marzo de 2008⁵. Las sumas de dinero a descontar del retroactivo pensional se deben indexar. Solo se podrán descontar los pagos efectivamente realizados y se deben tener en cuenta para definir el saldo final, las sumas sobre las cuales la entidad ya haya efectuado una compensación. Esto último se afirma en atención a la manifestación que hace la apoderada de la parte actora en sus alegatos de conclusión, según la cual, desde el año 2018 la entidad viene aplicando una retención de \$288.000 mensuales por las mesadas pensionales pagadas de forma indebida.

⁵ No hay certeza sobre el momento a partir del cual el pensionado dejó de percibir el valor de la mesada pensional, pues COLPENSIONES afirma haber suspendido su pago en agosto de 2006 porque se había dejado de efectuar el cobro de las mesadas.

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. **ADICIONAR** la sentencia dictada en primera instancia para **AUTORIZAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que descuenta del retroactivo pensional adeudado, las sumas de dinero que efectivamente pagó a favor de REY GERARDO GUTIÉRREZ SALAZAR antes del 15 de marzo de 2008, por concepto de mesada pensional, debidamente indexadas y teniendo en cuenta los valores que hayan sido previamente retenidos, conforme lo expuesto en la parte motiva.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, en lo demás.
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 MÓNICA PATRICIA CLEVES LEGUÍSAMO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 1 de junio de 2021 por la Juez Décima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, quien se identifica con T.P. 288.820, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución allegado. Así mismo, téngase a la doctora JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, quien se identifica con T.P.184.941, abogada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MÓNICA PATRICIA CLEVES LEGUÍSAMO 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 septiembre de 1999, con fundamento en que no estuvo precedido por el suministro de una información clara, precisa y suficiente por parte la AFP PORVENIR S.A., pues no la asesoró respecto de las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen ni del plazo máximo que tenía para trasladarse al RPM, y se limitó a señalar que alcanzaría una pensión superior a la que obtendría en el ISS, en menor tiempo. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, *bonos pensionales* y sumas adicionales, con sus rendimientos (ver demanda de folios 42 a 67).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, con fundamento en que corresponde a la demandante probar que la afiliación no se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho pr falta de causa y título para pedir* (ver contestación de folios 72 a 77).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que no existe prueba de que la afiliación no se haya efectuado de manera consciente y espontánea, sin presiones o apremios, pues antes del traslado se proporcionó a la actora información suciente y verás sobre las implicaciones del mismo,

conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente, en virtud de las normas legales vigentes para la época, para la cual no existía el deber de asesoría o consejo al punto de desincentivar la afiliación, así como tampoco el de elaborar una proyección del monto pensional. Resaltó que la demandante tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado y sus consecuencias, quien, por el contrario, ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como la solicitud de saldos, actualización de datos y cambios de claves de acceso a plataformas tecnológicas, en tanto que no hizo uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación de folios 108 a 128).

Terminó la primera instancia con sentencia de 1 de junio de 2021, mediante la cual la Juez Décima (10ª) 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 realizada por la demandante, señora MÓNICA PATRICIA CLEVES LEQUÍSAMO, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de la realizada el 30 de septiembre de 9 a dicho fondo y, por ende, ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la actora, mediante esta afiliación y, en consecuencia, se ordena el regreso automático, sin solución de continuidad, al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante, la señora MÓNICA PATRICIA CLEVES LEGUÍSAMO, al*

EXP. 10 2019 00262 01
Mónica Patricia Cleves Leguísamo Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otras

Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia. TERCERO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. a hacer la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MÓNICA PATRICIA CLEVES LEGUÍSAMO, como cotizaciones, todos sus frutos e intereses, de conformidad con el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y, así mismo, hacer la devolución de los gastos y cuotas de administración debidamente indexados, devolución que debe realizar dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, acompañándola de los documentos correspondientes para que pueda establecer COLPENSIONES que se realiza la devolución en los términos ordenados en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a que una vez ingresen los dineros provenientes de la cuenta individual de la señora MÓNICA PATRICIA CLEVES LEGUÍSAMO, por parte de la AFP PORVENIR S.A., así como de los gastos y cuotas de administración debidamente indexados, deberá realizar la devolución de que se haga dicha devolución (sic) por la AFP PORVENIR en los términos indicados en esta sentencia y debe imputar, de manera inmediata, las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS en la historia laboral de la demandante, para efectos pensionales en el RPM administrado por COLPENSIONES, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la providencia. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., a favor de la parte actora. Por secretaría debe practicarse la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$800.000. SÉPTIMO: De no ser apelada esta providencia, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad al artículo 69 del CPTSS, por las condenas impuestas a COLPENSIONES” (CD 3, Hora 2:16:20).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual la demandada funda su defensa. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante respecto de la información que habría recibido al momento de la afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, PORVENIR S.A. a través de su apoderado pidió que se revoque la decisión, como quiera que en la demanda no se solicitó la ineficacia sino la nulidad de la afiliación, bajo cuya óptica debió resolverse la controversia. Agregó que sólo a partir de 2010 existe el deber de información por parte de las AFP, por lo que la aplicación retroactiva de las normas vulnera su derecho de contradicción y defensa. El artículo 271 (de la Ley 100 de 1993) no establece la falta de información como causal de ineficacia, además el formulario de afiliación se firmó de manera libre y voluntaria, el cual no fue objeto de tacha y, por el contrario, en interrogatorio de parte se evidenció el conocimiento de la actora acerca de las características del RAIS, bonos pensionales, etc., al punto que solicitó la devolución de aportes. Así mismo, resaltó que no debía absolver de devolver dineros de gastos de administración, pues los mismos tienen una destinación legal específica, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y, en todo caso, al no encaminarse a financiar la pensión de vejez, debe evaluarse su eventual prescripción de éstos conforme al C.C. Y agregó que la demanda no solicitó la indexación de las sumas a devolver, por lo que dicha condena es incongruente (CD 3, Hora 2:19:20).

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 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 730,86 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 8 años 7 meses y 9 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 55 años de edad – ver folios 5 y 68).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES de folios 25 a 29 y en el CD 2.

² *Ibidem*.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) debe ser de tal diligencia, que permita 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., 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 en una reunión grupal un asesor de PORVENIR S.A. únicamente le indicó que el traslado la beneficiaría en cuanto el ISS se iba a acabar pues estaba en quiebra, en el cual estaban en riesgo sus aportes y donde no sería heredable su eventual pensión y, por el contrario, en el RAIS se podría pensionar con una mesada superior y en cualquier momento que ella quisiera, así como que podría obtener la devolución de sus aportes sin restricción alguna. En ningún momento recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (CD 3, Min. 36:24).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a

devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A.

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

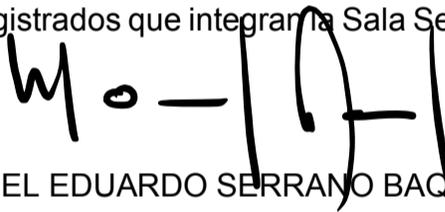
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

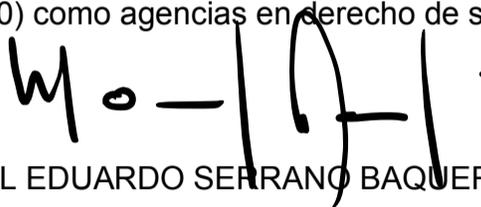
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA PATRICIA ARCILA ESTRADA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 2 de junio de 2021 por la Juez Décima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA PATRICIA ARCILA ESTRADA 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 e* ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en enero de 1998, con fundamento en que ésta no estuvo precedida de ilustración suficiente por parte de la AFP, con información nula sobre el monto y forma de liquidación de su mesada

pensional. Tampoco se le informó acerca de la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para alcanzar la edad pensional. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene a la AFP el traslado de la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y *bonos pensionales* (ver demanda de folios 28 a 35).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, con fundamento en que el traslado efectuado por la demandante se realizó de manera voluntaria y válida conforme a la normatividad vigente para la época, por lo que cualquier vicio en el consentimiento debe ser debidamente probado por quien lo alega. Agregó que no es procedente el traslado, dado que la demandante se encuentra dentro de la prohibición señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y es necesario analizar cada caso específico para determinar la procedencia de la ineficacia pretendida. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir* (ver contestación de folios 43 a 47).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que el traslado de la demandante a dicha entidad se efectuó de manera libre, voluntaria e informada, según los requisitos vigente para la época y, agregó, los mismos se encuentran establecidos en la Ley 100 de 1993, por lo que una persona diligente los habría verificado allí, sin que sea dable exigir de manera retroactiva, documental contenida en normas expedidas con posterioridad. Y, pese a que se informó en un diario de amplia circulación acerca del límite para trasladarse de régimen contenido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no lo hizo, lo cual da cuenta de su interés en

mantenerse en el RAIS, encontrándose actualmente incurso en la imposibilidad de trasladarse por haber superado el límite de edad establecido en la referida norma. Así mismo, no existe fundamento legal para la ineficacia del traslado por falta al deber de información, pues este no corresponde a lo señalado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Señaló que la acción de ineficacia se encuentra prescrita, pues no se ejerció dentro del término legal. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación de folios 71 a 87).

Terminó la primera instancia con sentencia de 2 de junio de 2021, mediante la cual la Juez Décima (10ª) 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 vinculación de la demandante señora MARÍA PATRICIA ARCILA ESTRADA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la cual realizó mediante la suscripción de la afiliación el 27 de noviembre de 1997 y, por ende, se declara ineficaz el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS y, en consecuencia, se ordena el regreso automático de la demandante al RPM, sin solución de continuidad, administrado por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante señora MARÍA PATRICIA ARCILA ESTRADA al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme a la parte considerativa de la providencia. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a hacer la devolución a la ADMINISTRADORA*

COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido en la cuenta individual de la demandante, la señora MARÍA PATRICIA ARCILA ESTRADA, con motivo su afiliación, como son las cotizaciones, rendimientos, los frutos e intereses causados, de conformidad al artículo 1746 del C.C., y, adicionalmente, debe realizar la devolución de los gastos y cuotas de administración que se le hayan descontado durante su afiliación, debidamente indexados, para ello se le otorga el término de quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, para realizar la devolución a COLPENSIONES, acompañada de los documentos necesarios para que COLPENSIONES pueda establecer que se hace la devolución en los términos ordenados en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores provenientes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, señora MARÍA PATRICIA ARCILA ESTRADA, así como la devolución de cuotas y gastos de administración, debe realizar la revisión de que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. haya realizado la devolución en los términos ordenados en esta sentencia, y de forma inmediata deberá imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral de la demandante para efectos pensionales en COLPENSIONES, de conformidad a la parte motiva de esta providencia. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva. SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la AFP PORVENIR S.A., a favor de la demandante, y debe practicarse por secretaría la liquidación de costas, incluyendo como Agencias en Derecho la suma de \$800.000. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia por COLPENSIONES, debe darse trámite al grado jurisdiccional de consulta, de conformidad al artículo 69 del CPTSS, ante el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral" (Audiencia Virtual del 2 de junio de 2021 Hora 1:48:19).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la

AFP PORVENIR S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, el cual ni siquiera fue allegado al plenario, en tanto únicamente se allegó el historial de afiliaciones. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, PORVENIR S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque la decisión, como quiera que la voluntad de las partes se encuentra plasmada en el formulario de afiliación, en el que la parte actora manifestó su deseo de someterse al RAIS y, si bien la juez estableció que no se acreditó la asesoría conforme a los parámetros de la jurisprudencia de la Corte Suprema, las disposiciones que los respaldan no se encontraban vigentes para la época del traslado. Resalta que los afiliados tenían el deber de informarse sobre el acto jurídico de afiliación, cuyos parámetros están en la Ley 100 de 1993, sin que su desconocimiento sea excusa y, sin que sea dable que por buscar una mejor mesada pensional en la actualidad se desconozcan los beneficios económicos que obtuvo durante su afiliación al RAIS, como los rendimientos, los cuales no se obtendrían en el RPM. En caso de confirmar el fallo, solicita que se absuelva de la devolución de los gastos de administración, las cuales fueron debidamente descontados conforme a lo dispuesto en la Ley y se invirtieron de forma tal que generaron rendimientos en los aportes, los cuales superan el valor de las cotizaciones realizadas; en el mismo sentido, advierte que los valores de primas previsionales fueron pagados a terceros para cubrir los riesgos de invalidez y muerte durante la vinculación de la actora, por lo que no es dable ahora ordenar su devolución cuando ya cumplieron su objetivo (Audiencia Virtual del 2 de junio de 2021 Hora 1:51:36).

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 35 años de edad y había cotizado 150,43 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 1 año 4 meses y 14 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver folios 3 y 36).

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES de folios 4 a 6 y en el expediente administrativo - CD 1.

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*

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 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 la afiliada, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de

previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP 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 el traslado lo efectuó al momento de posesionarse en la Fiscalía General de la Nación, momento en que le indicaron que debía reunirse con una asesora de PORVENIR S.A., con quien diligenció el formulario y le indicó que obtendría una mejor mesada

pensional que en el ISS y podría pensionarse a cualquier edad, sin mencionar los requisitos necesarios para el efecto (Audiencia Virtual del 2 de junio de 2021 Min. 25:33).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia, los cuales deben ser *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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”.*

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 10 2019 00530 01
María Patricia Arcila Estrada 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

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE SONIA PATRICIA VIVAS BERNATE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 16 de julio de 2021 por la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

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

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, SONIA PATRICIA VIVAS BERNATE presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la *nulidad* o, en subsidio, la ineficacia e *inoperancia* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en agosto de 1994, con fundamento en que no estuvo precedido por el suministro de una información *transparente*, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada y cierta por parte la AFP COLFONDOS S.A., pues no la asesoró respecto del régimen que más le convenía según su historia laboral, edad y tiempo cotizado, así como tampoco acerca de las condiciones para adquirir una pensión en el RAIS, las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen ni el derecho de retracto que le asistía. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones y *bonos pensionales*, con sus rendimientos (ver demanda de folios 3 a 13).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda mediante apoderado, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, 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 a través de personal idóneo y debidamente capacitado, alegando que un error de derecho no vicia el consentimiento. Agregó que no se ejerció ningún tipo de fuerza o presión sobre la demandante para su afiliación, quien, en todo caso, no se hizo uso del derecho de retracto ni se evidencia intención de traslado al RPM, que lo que ratificó la voluntad de mantenerse allí. La afiliación se hizo de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario correspondiente, sin que para la fecha del traslado de régimen pensional estuviera vigente el deber de conservar soportes documentales de la doble asesoría o la elaboración de un comparativo financiero de las mesadas entre ambos regímenes, cuya variación no constituye un vicio en el consentimiento y sin que el desconocimiento de la Ley sirva a excusa. En su defensa propuso las

siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara (sic) 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 adiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica* (ver contestación de folios 61 a 67).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que corresponde a la demandante probar que la afiliación no se hizo de manera libre y voluntaria, máxime cuando se encuentra incurso en la prohibición para poder trasladarse de régimen, conforme a la Ley 797 de 2003. En caso de acceder a lo pretendido, solicita se supedite la orden a su representada de aceptar a la demandante como su afiliada, a que la AFP correspondiente realice la corrección ante el SIAFP y traslade la totalidad de los aportes recibidos y entregue el archivo pensional de la actora. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en CD 1).

Así mismo, mediante apoderado, contestó COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, pues la entidad brindó la debida asesoría integral y completa relativa a las diferencias entre los regímenes pensionales, posibilidades de traslado y tiempos, bonos pensionales, régimen de transición, implicaciones de su decisión, beneficios del RAIS, conforme a lo cual la demandante firmó de manera libre y voluntaria la solicitud de afiliación, sin que hubiera intentado trasladarse nuevamente al RPM ni hubiera hecho uso del derecho de retracto, pese a haber tenido varias oportunidades para el efecto. Propuso como 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 CD 3).

Terminó la primera instancia con sentencia de 16 de julio de 2021, mediante la cual la Juez Trece (13) 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 hiciera la demandante SONIA PATRICIA VIVAS BERNATE a través de COLFONDOS S.A. en 1994, por las razones antes expuestas. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades, que cada una tenga en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral del demandante, conforme a lo antes visto. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS S.A., incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia en favor de la parte actora, el equivalente a 1 SMLMV. SEXTO: Por otro lado, apélese o no esta decisión, por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, remítase el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor. SÉPTIMO: Por secretaría, remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo estable el art. 48 de la Ley 2080 de la corriente anualidad” (CD 4, Hora 1:28:17).*

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLFONDOS S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, el cual ni siquiera fue allegado al plenario, en tanto únicamente se allegó el historial de afiliaciones. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que se debía absolver de devolver dineros de gastos de administración, como las primas de seguros que cubrieron a la parte demandante durante su afiliación, pues los mismos tienen una destinación legal específica, fueron debidamente invertidos generando rendimientos de los dineros recibidos, y la devolución implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. En todo caso, al no encaminarse a financiar la pensión de vejez, debe evaluarse su eventual prescripción. Agregó que actualmente no obran aportes por parte de la actora en dicha entidad, pues trasladó todos los aportes con sus rendimientos a COLFONDOS S.A. Por último, no corresponde la reparación como quiera que su representada no causó daño a la actora (CD 4, Hora 1:30:18).

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 28 años de edad y había cotizado 340,14 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 6 años 7 meses y 11 días)²; y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 54 años de edad – ver folios 14 y 54).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en el CD 1.

² *Ibidem*.

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

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

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

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema 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 de la demandante, pues la AFP 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 únicamente en una reunión grupal los asesores de COLFONDOS S.A. únicamente le indicaron que el traslado la beneficiaría en cuanto el ISS se iba a acabar pues estaba en quiebra. En ninguno de los traslados efectuados recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (CD 4, Min. 23:07).

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

pensionales, y que la acción por el reclamo de todos los derechos que puedan surgir de la ineficacia es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

EXP. 13 2020 00106 01
Sonia Patricia Vivas Bernate Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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

COSTAS en apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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

RESUELVE

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

EXP. 13 2020 00106 01

Sonia Patricia Vivas Bernate Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE BLANCA ESTHER BENÍTEZ SIERRA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A. (litisconsorte necesaria)**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 21 de julio 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 téngase a las doctoras María Camila Bedoya García y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quienes se identifican con T.P. 288.820 y 221.228, 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, BLANCA ESTHER BENÍTEZ SIERRA 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* y/o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en febrero de 2002, con fundamento en que existió *engaño y asalto a su buena fe* induciéndola a error y viciar su consentimiento, pues únicamente se le indicó que perdería sus aportes de continuar afiliada al ISS, mientras que el fondo privado tenía ventajas como pensionarse con una mesada superior, con 3 mesadas adicionales al año y que éste cubriría todos los gastos de salud del pensionado. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES sin solución de continuidad y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros que la AFP hubiera recibido a título de cotizaciones, *bonos pensionales* y sumas adicionales, con sus rendimientos, frutos e intereses (ver demanda de folios 3 a 25).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que corresponde a la demandante probar que la afiliación no se hizo de manera libre y voluntaria. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que la actora se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003 y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal de 4 años establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación de folios 85 a 90).

Por su parte, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado, presentó escrito por medio del cual se allanó a lo pretendido, en tanto no cuenta con documental adicional al formulario de afiliación, en virtud de las normas legales vigentes para la época, para la cual no existía el deber de elaborar cálculos o proyecciones pensionales y, en todo caso, el traslado de régimen de la actora se dio con su vinculación a *ING*, hoy PROTECCIÓN S.A. (ver contestación en CD 3).

Conforme a la anterior manifestación, el *a quo* dispuso vincular al trámite a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por medio de auto dictado en audiencia del 25 de marzo de 2021 (folios 154 a 156 y CD 5), entidad que también contestó la demanda, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre, voluntaria y sin presiones, pues se proporcionó asesoría completa y comprensible sobre las implicaciones del mismo, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente, en virtud de las normas legales vigentes para la época, para la cual no existía el deber de elaborar cálculos o proyecciones pensionales. Resaltó que la demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en dicho régimen por más de 20 años, sin manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 y, por el contrario, se trasladó a otra administradora del RAIS. Así mismo, el desconocimiento de la Ley, en que se encuentran regulados los distintos regímenes pensionales, no es excusa ni vicia el consentimiento y, advierte, el término para reclamar la nulidad es de 4 años, por lo que ya se encuentra prescrita la acción. Agregó que, en todo caso, no procede la devolución de gastos de administración, pues los mismos se descuentan por disposición legal, tienen una finalidad específica y son susceptibles de prescribir, teniendo que su devolución a COLPENSIONES, implicaría un enriquecimiento sin justa causa. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica* (ver contestación de folios 158 a 165).

Termino la primera instancia con sentencia de 21 de julio 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 BLANCA ESTHER BENÍTEZ SIERRA, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, el día 12 de febrero del año 1999, a través de la administradora DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN y, como consecuencia de lo anterior, ordenar a la AFP COLFONDOS, donde actualmente se encuentra afiliada la señora demandante, traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual a la administradora del Régimen de Prima Media COLPENSIONES, a ésta, que reactive la afiliación que en alguna oportunidad tuvo la señora demandante, 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. SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva. TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al Superior, para que el Honorable Magistrado que corresponda por reparto, si lo considera procedente, las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta”* (CD 6, Hora 1:07:41).

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 PROTECCIÓN S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual la demandada funda su

defensa. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante respecto de la información que habría recibido al momento de la afiliación.

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 37 años de edad y había cotizado 593,43 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 8 años 6 meses y 16 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver folios 29, 30 y 71).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES de folios 32 a 34.

² *Ibidem*.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita 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 DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que al momento de vincularse a un trabajo en el Hospital de Kennedy, le indicaron que debía afiliarse a un fondo privado y junto a otras 2 personas le presentaron el asesor que en 5 minutos, se limitó a señalar que allí tendría muchas ventajas para su pensión y rendimientos. Así mismo, al vincularse a una clínica estética con contrato de trabajo a término indefinido, recibió comentarios sobre COLFONDOS S.A., en que sólo le indicaron que tendría mayores rendimientos, podría pensionarse más joven y la entidad cubriría “*el seguro social*”, pese a lo cual sus expectativas no fueron cumplidas al momento de acercarse a reclamar su pensión, el punto que incluso le descontarían el valor del *seguro*. En ningún momento recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (CD 6, Min. 16:40).

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

De otro lado y conforme al conocimiento en consulta se adicionará la decisión de primera instancia para disponer que PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. procedan a la devolución de la totalidad de lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). 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).

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

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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 COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES los valores descontados de los aportes efectuados por el demandante a título de gastos de administración y seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades; y para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió los fondos de pensiones
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE ORLANDO FAJARDO ROBLES 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 (30) de septiembre 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 el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 30 de junio de 2021 por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ORLANDO FAJARDO ROBLES presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en diciembre de 1999, así como los ocurridos con posterioridad, con fundamento en que los asesores de COLFONDOS S.A., lo indujeron a error, viciaron su consentimiento asaltaron su buena fe, pues únicamente le indicaron que el ISS sería liquidado y perdería sus aportes sin efectuar una proyección pensional ni señalar los beneficios que perdería al trasladarse de régimen. Conforme a simulaciones elaboradas en el año 2018, se evidencia una gran desventaja respecto de la mesada que recibiría en el RAIS y la que le hubiera correspondiendo de permanecer en el RPM. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene a la AFP el traslado de la totalidad de los valores que hubiera recibido, como cotizaciones, *bonos pensionales* y sumas adicionales, con frutos e intereses y los *rendimientos* que hubieran causado en el RPM (ver demanda de folios 55 a 74).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el traslado efectuado por el demandante se realizó de manera voluntaria conforme a la normatividad vigente para la época, la cual fue ratificada con su permanencia por más de 16 años en dicho régimen sin manifestar su intención de regresar al RPM antes de estar a menos de 10 años de cumplir la edad pensional. Agregó que no se evidencia ningún posible daño en dicho traslado, pues el actor no es beneficiario del régimen de transición. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación de folios 97 a 102).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante

apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que el traslado del demandante a dicha entidad se efectuó de manera libre de presiones o engaños, lo que se evidencia de la suscripción del formato de afiliación, documento que se presume auténtico conforme a los artículos 243 y 244 del CGP y 54-A del CPTSS y, en todo caso no le es posible allanarse a lo pretendido, pues el accionante se encuentra incurso en la restricción contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que la parte actora no acredita vicio alguno en el consentimiento y, en el evento de presentarse éstos, quedaron saneados con su permanencia por más de 20 en dicho régimen. Así mismo, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento pensional se encuentran establecidas en la Ley, sin que sea dable pactar en contra de esta. Señaló que la acción de nulidad se encuentra prescrita, pues no se ejerció entro del término legal. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación de folios 128 a 254).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado. Afirma que se brindó la debida asesoría presencial y verbal, conforme a lo cual el demandante firmó de manera libre, voluntaria e informada la solicitud de afiliación de conformidad con las normas vigentes para la época, y en estos momentos éste no se encuentra afiliado a dicha entidad, y su cuenta de ahorro individual se encuentra en *ceros*. Conforme a ello solicitó que, de proceder lo pretendido, no se le condene en costas. No propuso excepciones (ver contestación en CD 2 folios 1 a 5).

Terminó la primera instancia con sentencia de 30 de junio de 2021, mediante la cual el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado al Régimen de Ahorro*

Individual con Solidaridad efectuado por el señor demandante ORLANDO FAJARDO ROBLES, con cédula de ciudadanía 19.380.308, por ante (sic) la demandada COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, y que tuvo lugar el 13 de diciembre de 1999 y con efectividad desde el 1 de febrero del año 2000, ineficacia esta que afecta igualmente con ineficacia (sic) los traslados que se realizaron a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (sic) en agosto del año 2000 y a PORVENIR AFP en octubre del año 2004, todo eso en referencia con la omisión del deber de información en el momento de efectuar su traslado de régimen pensional. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, entre otros, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y, en general, todos los valores que corresponden al monto de las cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. TERCERO: Se CONDENAN a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recepcionar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, tal y como se condenó en el numeral segundo que antecede, y a validarlos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en favor del demandante, régimen este que se declara es el único al que en forma válida se ha encontrado afiliado el señor demandante. CUARTO: Se DECLARAN no probadas las excepciones propuestas en este asunto por el extremo demandado. QUINTO: Se CONDENAN en costas de la instancia a la AFP PORVENIR S.A., practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de MEDIO (1/2) SMLMV como valor de las agencias en derecho. Sin condena en costas respecto de las demás demandadas, por las razones expuestas en la parte motiva” (Audiencia Virtual del 30 de junio de 2021 Hora 2:10:22).

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. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que el demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, el cual ni siquiera fue allegado al plenario, en tanto únicamente se allegó el historial de afiliaciones. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por el demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderada pidió que se revoque la decisión como quiera que la ineficacia declarada exige que se presenten actos que causen daño o impidan la afiliación al sistema general de pensiones, como lo señala el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, para la época del traslado el formulario de afiliación era el único documento exigido para demostrar su validez y estuvo precedido de suficiente ilustración, máxime cuando el afiliado ha mantenido su afiliación sin queja alguna y no se acreditó perjuicio alguno, pues no era beneficiario del régimen de transición. Agregó que el demandante se encuentre inmerso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003. Considera que la condena en costas es exagerada para la gestión realizada por su representada (Audiencia Virtual del 30 de junio de 2021 Hora 2:13:43).

La apoderada de COLPENSIONES, también presentó recurso parcial en que pidió se adicione la decisión y se ordene también a COLFONDOS la devolución de todos los aportes realizados por el demandante incluyendo los valores descontados por gastos de administración y pago de seguros previsionales, de manera indexada (Audiencia Virtual del 30 de junio de 2021 Hora 2:19:27).

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 el demandante tenía 40 años de edad y había cotizado 254,71 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años 11 meses y 13 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 59 años de edad – ver folios 4 y 75).

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES de folios 6 y 7 y en el expediente administrativo - CD 1.

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*

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, 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 si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas para el afiliado, por no tener en ese momento una expectativa pensional cercana o perder el régimen de transición: “*Ni la*

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”.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues indicó que el traslado se efectuó porque así se lo indicó la compañía en la que laboraba para la época y únicamente se le dió como principal argumento que el ISS estaba en liquidación y perdería sus aportes, además que allí tendría una cuenta de

ahorro individual y que lo que aportara subiría el monto de su pensión (Audiencia Virtual del 30 de junio de 2021 Min. 50:54).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos. En respuesta al recurso de apelación de COLPENSIONES se adicionará en el sentido de señalar que no es posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa; dichos emolumentos también deberán ser devueltos por la AFP COLFONDOS S.A. por el tiempo en que estuvo afiliado el demandante a dicha entidad (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el Juez de primera instancia, los valores se deben

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”.*

devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional 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 a PORVENIR S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda (artículo 365 numerales 5 y 6 del CGP), como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación de folios 128 a 254) sin que sea este el momento procesal oportuno para discutir el monto de las agencias en derecho, según lo dispuesto en el artículo 366 *ibidem*.

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A.

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

RESUELVE

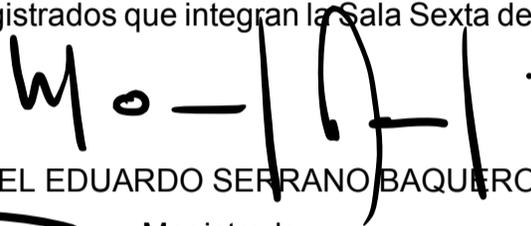
1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para (i) **CONDENAR** a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores descontados de los aportes efectuados por el demandante a título de gastos de administración y seguros previsionales, debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, y (ii) **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional

del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

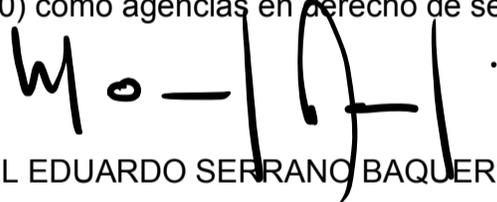


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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 LUZ MARY DEL RÍO CALLE CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 11 de agosto de 2021 por el Juez Diecisiete (17) 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, LUZ MARY DEL RÍO CALLE presentó demanda contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la *nulidad* y/o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en marzo de 2000, con fundamento en que el asesor COLFONDOS S.A. la indujo a error al indicarle que el ISS tenía un futuro incierto y no podría asumir las cargas prestacionales, por lo que trasladarse al sector privado era su mejor opción, y que obtendría

mayores rendimientos y la posibilidad de pensionarse a cualquier edad, sin informar las desventajas de dicha afiliación, ni los requisitos para acceder a la pensión de vejez o el derecho de retracto. En liquidación pensional previa a la demanda, evidenció que obtendría una suma muy inferior en el RAIS, respecto del RPM. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene a la AFP demandada el traslado de la totalidad de las sumas de aportes o cotizaciones, *bono pensional*, rendimientos e intereses, sin realizar ningún descuento, así como a pagar los perjuicios morales conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1998 (ver demanda en archivo “2019-398 CON SENTENCIA.pdf” folios 2 a 21, 105 y 106).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que la demandante se afilió de manera voluntaria al RAIS, sin que haya probado vicio alguno del consentimiento, conforme al artículo 167 del CGP, sin que sea dable alegar su propia culpa a su favor al no haber realizado gestión alguna para conocer las condiciones de su afiliación, encontrándose ahora incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema. Agregó que el presunto vicio del consentimiento no se alegó dentro del término consagrado en el artículo 151 del CPTSS. Propuso como excepciones de mérito: *error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en archivo “2019-398 CON SENTENCIA.pdf” folios 119 a 131).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderada. Se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que el traslado de la demandante se dio de manera libre, voluntaria e informada, pues se brindó la debida asesoría integral y completa relativa a las características, ventajas y desventajas de cada régimen, así como cálculos comparado, que el monto de su pensión sería determinado al cumplir los requisitos para ello y el derecho de retracto que le asistía, conforme

a lo cual firmó el formulario de afiliación, sin que se exigiera el deber de información en los términos que reclama la actora, pues éste nació conforme a una Ley posterior al traslado. Agregó que no hizo uso del derecho de retracto se trasladó al RPM previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Además, no puede predicarse engaño al no cumplirse sus expectativas pensionales, pues cada régimen tiene características y ventajas propias. Manifestó que no se acreditó perjuicio alguno y no es dable indemnizar las meras expectativas. Así mismo, no es dable ordenar la devolución de los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que se efectuaron cobros de asesoría y comisión por manejo por disposición legal. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos Pensiones y Cesantías, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e innominada o genérica*, (ver contestación en archivo “2019-398 CON SENTENCIA.pdf” folios 144 a 157).

Terminó la primera instancia con sentencia de 11 de agosto de 2021, mediante la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

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, en la forma advertida en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la Sra. LUZ MARY DEL RÍO CALLE, identificada con la C.C. 28.739.250, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, administrado por la AFP COLFONDOS S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. TERCERO: DECLARAR que la señora DEL RÍO CALLE, se encuentra válidamente afiliada*

al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según lo expuesto. CUARTO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, sin autorizar 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 el traslado de fondos a favor de la demandante, que efectúe COLFONDOS S.A., y a convalidarlos en su historia laboral. SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de la indemnización de perjuicios morales, según lo analizado en precedencia. SEXTO (sic): CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES y a COLFONDOS S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$ 1.000.000 M/Cte. SÉPTIMO: SE DISPONE LA CONSULTA a favor de COLPENSIONES. Remítase el expediente al Superior una vez concluya la audiencia” (Audiencia Virtual del 11 de agosto de 2021 Hora 1:04:08).

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. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, el cual ni siquiera fue allegado al plenario, en tanto únicamente se allegó el historial de afiliaciones. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante. En cuanto a los perjuicios morales, señaló que los mismos no fueron debidamente acreditados los objetivados en el trámite, mientras que los subjetivados se rezarcen con la orden de devolver también los gastos de administración.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de COLPENSIONES, pidió se revoque la decisión, como quiera que no se tuvo en cuenta que la demandante permaneció más de 20 años en el RAIS sin manifestar inconformidad alguna ni preocuparse por su futuro pensional. Adicionalmente, no es procedente exigir a las AFP haber proporcionado información adicional a la exigida legalmente para le época, pues ello vulnera el debido proceso de las entidades, máxime cuando las distintas modalidades y características de los regímenes están detallados en la Ley. En caso de no revocar la decisión, solicitó se mantenga la orden de trasladar los gastos de administración a cargo de la AFP, para no afectar el derecho pensional los demás afiliados (Audiencia Virtual del 11 de agosto de 2021 Hora 1:06:53).

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 43 años de edad y había cotizado 659,00 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 11 meses y 5 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 62 años de edad – ver archivo “2019-398 CON SENTENCIA.pdf” folios 24 y 102).

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo “2019-398 CON SENTENCIA.pdf” folios 294 a 300 y 334 a 340.

² *Ibidem*.

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

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

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

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”.*

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen 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, 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 dos asesores de COLFONDOS S.A. llegaron a su oficina y en una reunión grupal no le indicaron los requisitos necesarios para pensionarse, no efectuaron los cálculos o proyecciones correspondientes ni le informaron sobre el derecho de retracto que le asistía y tampoco le informaron sobre la posibilidad de traslado previo a estar a menos de 10 años de adquirir la edad pensional (Audiencia Virtual del 7 de julio de 2021 Min. 14:18). En ninguno de los traslados efectuados recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea

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

Conociendo en consulta 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.

Sin COSTAS en segunda instancia.

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

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE EMILIA SUÁREZ DE LÓPEZ CONTRA FLORES
LA GIOCONDA LTDA. – EN LIQUIDACIÓN Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante contra la sentencia dictada por la Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de enero de 2021, mediante la cual declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre EMILIA SUÁREZ DE LÓPEZ y FLORES LA GIOCONDA LTDA. – EN LIQUIDACIÓN, entre el 1 de noviembre de 1997 y el 15 de enero de 1998 y entre el 4 de enero de 2005 y el 3 de marzo de 2008, condenó a la última a pagar ante COLPENSIONES los aportes de pensión a favor de la demandante, junto con los intereses moratorios, respecto de 26 días del mes de abril y los meses de mayo a octubre de 2006 y 32 días para los meses de febrero y marzo de 2008, y absolvió a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, EMILIA SUÁREZ DE LÓPEZ presentó demanda contra FLORES LA GIOCONDA LTDA. – EN LIQUIDACIÓN y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,

para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo con la primera de las referidas, desde el 1 de enero de 1994 al 3 de marzo de 2008, y se la condene a pagar los aportes a pensión causados en vigencia del vínculo. Pide que COLPENSIONES la tenga como beneficiaria del régimen de transición y proceda al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1 de julio de 2012, mesadas adicionales, reajustes e intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de lo pedido afirma que nació el 18 de enero de 1957, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes del año 2012, estuvo afilada más de 100 semanas en cualquier tiempo y/o 500 semanas durante los 20 años previos al cumplimiento de la referida edad, ante el ISS, hoy COLPENSIONES (ver demanda a folios 4 a 18).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos, negó y dijo no constarle otros y se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que el pago de los aportes adeudados debe realizarse por medio de un cálculo actuarial por solicitud del empleador u orden judicial, lo cual no ha ocurrido en el presente caso. Afirmó que la demandante no tiene derecho a la pensión reclamada por falta de requisitos y, en consecuencia, no se presenta incumplimiento en el pago de las mesadas pensionales, por lo que no hay lugar al cobro de intereses moratorios. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, falta de legitimación en la causa, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste al alguno, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del del orden público e innominada o genérica* (ver contestación a folios 60 a 74).

También contestó la demanda FLORES LA GIOCONDA LTDA. - EN LIQUIDACIÓN, mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, negó o dijo no constarle otros y se opuso a la totalidad de las pretensiones, con fundamento en que no se trató de una sola vinculación, sino dos, teniendo que de febrero de 1998 a diciembre de 2004 y marzo de 2008 no existió vinculación, máxime cuando en enero de 1998 y febrero de 2008 se presentaron novedades de retiro, como se observa en la historia laboral de la actora. Agregó que entre 1994 y 1995 se evidencian aportes de un empleador distinto, por lo que dicho período no le es imputable a su representada. Propuso como excepciones de fondo: *cobro de lo no debido, inexistencia de simultaneidad laboral, cumplimiento, abuso y aprovechamiento de error ajeno y confesión* (ver contestación a folios 90 a 94).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de enero de 2021, en la cual la Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre EMILIA SUÁREZ DE LÓPEZ y FLORES LA GIOCONDA LTDA. – EN LIQUIDACIÓN, entre el 1 de noviembre de 1997 y el 15 de enero de 1998 y entre el 4 de enero de 2005 y el 3 de marzo de 2008, condenó a la última a pagar ante COLPENSIONES, los aportes de pensión a favor de la demandante, junto con los intereses moratorios, respecto de 26 días del mes de abril y los meses de mayo a octubre de 2006, y 32 días para los meses de febrero y marzo de 2008, y absolvió a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas las pretensiones incoadas en su contra. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la accionada FLORES LA GIOCONDA LTDA. - EN LIQUIDACIÓN y la demandante EMILIA SUÁREZ DE LÓPEZ, existió una relación laboral regida por dos contratos de trabajo vigentes el primero entre noviembre de 1997 y el 15 de enero de 1998, y el segundo entre el 4 de enero de 2005 y el 3 de marzo de 2008. SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada FLORES LA GIOCONDA LTDA. - EN LIQUIDACIÓN, pagar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a favor de la demandante, el valor total de los aportes para el riesgo de pensión con base*

en el salario devengado, junto con los intereses moratorios que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, por 26 días de abril y los meses de mayo a octubre de 2006, así como 32 días entre febrero y marzo de 2008, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. TERCERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, conforme lo analizado en precedencia. CUARTO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas inexistencia del derecho reclamado, y cobro de lo no debido, propuestas por COLPENSIONES, y relevarse del estudio de los demás medios exceptivos, atendiendo al resultado del proceso. QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada FLORES LA GIOCONDA LTDA. - EN LIQUIDACIÓN. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$500.000. SEXTO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación” (CD 3 Min. 48:13).

Para tomar la decisión la Juez de instancia encontró que pese a obrar certificación emitida por la demandada FLORES LA GIOCONDA LTDA. – EN LIQUIDACIÓN, la cual se presume auténtica por comprometer la responsabilidad de la misma, su contenido se encuentra desvirtuado conforme a la historia laboral de la demandante y la liquidación del contrato de trabajo obrantes en el expediente, que demuestran la existencia de vínculos laborales entre noviembre de 1997 y el 15 de enero de 1998, y entre el 4 de enero de 2005 y el 3 de marzo de 2008, conforme a lo que evidenció la existencia de períodos de aportes en mora, por lo que dispuso su pago. Agregó que si bien la demandante era beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no conservó el mismo en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que debía acreditar un total de 1225 semanas de cotización para el momento en que cumplió los 57 años de edad lo cual no ocurrió, aún incluyendo los tiempos de aportes en mora antes referidos, razón por la cual absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones elevada en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante afirma que se debe tener en cuenta la información contenida en la certificación expedida por la sociedad privada demandada, en cuanto refiere los períodos de vinculación contenidos en la demanda sin que sea dable negar su contenido, máxime cuando dicha empresa no adelantó ningún trámite de corrección de las inconsistencias contenidas en la historia laboral ante COLPENSIONES, como sí lo hizo la parte actora. Agregó que al encontrar probada la existencia del vínculo laboral por el interregno de 1994 a 2008, se acredita el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional reclamado a 18 de enero de 2012, razón por la cual se debe acceder a lo pretendido en la demanda (CD 3 Min. 49:53)¹.

¹ *Muchas gracias su señoría, obrando en mi condición de apoderado de la parte demandante y con el respeto acostumbrado me permito manifestar al Despacho que contra la presente sentencia interpongo recurso de apelación para ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá sala de decisión laboral con el fin de que se revoque la sentencia y, como consecuencia de ello, se concedan las pretensiones incoadas por la parte demandante, recurso que sustentó con base en los siguientes hechos: están, consideró que la sentencia proferida por el a quo no está de acorde en forma integral de acuerdo a las pruebas arrojadas al proceso por cuanto si partimos de la base de qué FLORES LA GIOCONDA LTDA., con fecha 7 del mes de marzo del 2008, expidió una certificación en la cual dice que la señora Emilia Suárez de López estuvo vinculada entre 94 y el 2008 y posteriormente, argumenta que esto no es cierto, no se observa y a pesar de existir en la historia laboral los vacíos de aportes para pensión, en ningún momento hizo, aparece que haya presentado reclamación alguna ante Colpensiones para que enmendara si era cierto este error y verificará lo, lo plasmado en la historia laboral, lo cual si hizo la demandante, argumentando y solicitando a Colpensiones de, ratificar o le corrigiera su historia laboral por conjunto, consideraba que las semanas que realmente había, que correspondían al tiempo laborado con la empresa no aparecían en su historia laboral. Considero que no puede ir una empresa diciendo que en forma generalizada expidió una certificación de tiempos de servicio que no correspondían a la realidad, realmente me parece extraño, me parece extraño que esto ocurra con una empresa que ha tenido una serie de trabajadores y que los afilia al sistema de seguridad social y posteriormente viene argumentar en su defensa que realmente no estuvo vinculado por estos, por estos tiempos y razón por la cual lo eximan de una responsabilidad que le corresponde. Igualmente, la honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando a más de una, de la prueba fehaciente de, en que una persona estuvo vinculado laboralmente con la empresa, es que la haya reportado al sistema de seguridad social, tal como aparece dentro de la historia laboral y que no se haya discutido en algún momento ante la entidad de seguridad social, que realmente no es la informe aportada por ella no correspondía a la realidad de los hechos, sencillamente considero que es un mecanismo defensa de la empresa demandada para que la exoneren de las responsabilidad que le asiste, tomando como base lo expuesto y partiendo que la señora nació, la demandante nació el 18 enero del 57 y cumplió sus 55 años el 18 enero del 2012, sencillamente consideró que la demandante... y pedir, y teniendo en cuenta que la demandante para el primero de abril de 1994 cuando entró a regir la Ley 100 de 1993 tenía más de 35 años de edad, por éste sólo lo hecho era beneficiaria el régimen de transición, razón por la cual estarían dados para el 18 de enero del 2012 tanto los requisitos de semanas, como de edad para entrar a disfrutar de su pensión por vejez. En estos términos dejó plasmado los argumentos de la apelación solicitando al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial revocar la sentencia apelada y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda para que esta forma entre la ley la justicia y la equidad. Muchas gracias”.*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la accionante por medio de Resolución SUB81995 del 30 de mayo de 2017, confirmada mediante Resolución SUB79723 del 23 de marzo de 2018. Así mismo se entiende probado por haber sido objeto de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia y no haber sido apelados los siguientes hechos relevantes: (i) que la demandante nació el 18 de enero de 1997 y, en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 18 de enero de 2012 (folio 22 y expediente administrativo – CD 1), (ii) que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 36 años de edad, por lo que le era aplicable el régimen de transición, y (iii) que para los períodos comprendidos del mes de noviembre de 1997 al 15 de enero de 1998 y del 4 de enero de 2005 al 3 de marzo de 2008, se presenta mora en el pago de los aportes a pensión, así: 26 días de abril y la totalidad de los meses de mayo a octubre de 2006 y 32 días entre febrero y marzo de 2008.

Conforme lo establece el artículo 66-A del CPTSS, el Tribunal debe definir: (i) si, contrario a lo declarado en primera instancia, entre FLORES LA GIOCONDA LTDA. - EN LIQUIDACIÓN y la demandante existió un único vínculo laboral del 1 de enero de 1994 al 3 de marzo de 2008 y (ii) si, en consecuencia, la demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez a partir del 18 de enero de 2012.

(i) Frente a la primera materia propuesta como objeto de la apelación, son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*; disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia

del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio. Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal*, por cuya virtud toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo, lo que trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. Sin embargo, quien pretenda servirse de la presunción legal de existencia del contrato de trabajo debe probar claramente el hecho que la genera: la prestación de un servicio personal.

Sobre esto último la única prueba obrante en el plenario que da cuenta de la prestación del servicio por el período reclamado en el libelo, es el documento mediante la cual FLORES LA GIOCONDA LTDA. - EN LIQUIDACIÓN certificó que la demandante laboró a su servicio como *operaria* desde enero de 1994 hasta el 3 de marzo de 2008 (folio 30).

Frente al peso probatorio que tienen certificados como el referido, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que las certificaciones expedidas por los empleadores en las que consten la existencia y las características del vínculo laboral se reputan ciertas en la medida en que comprometen la responsabilidad de quien las expidió, sin perjuicio de que su contenido sea desvirtuado *mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida* dentro del proceso laboral ante el juez (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3009-2018 Rad. 56051)²

² “Para la Sala es claro que si bien, el actor afirmó en la demanda inicial que estuvo vinculado mediante contratos a término fijo inferiores a un año, no es menos cierto que dicha aseveración quedó desvirtuada con la certificación expedida por la empresa, que obra a folio 22 del expediente, en tanto

Con base en dicha jurisprudencia y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues la información contenida en la referida documental fue desvirtuada, al contrastarla con los demás medios de prueba arrojados al expediente.

Son evidencia de ello: i) la liquidación del contrato de trabajo que refiere como fecha de ingreso el 4 de enero de 2005 y de retiro el 3 de marzo de 2008 (folio 32 y expediente administrativo – CD 1), la cual no fue objeto de controversia o inconformidad por parte de la trabajadora, y ii) la historia laboral expedida por COLPENSIONES, en la cual se evidencian períodos de cotización desde noviembre de 1997 y novedad de retiro a los 15 días en el mes de enero de 1998 y un nuevo ingreso con 27 días de cotización en enero de 2005 y nota de retiro en el mes de febrero de 2008 (folios 33 a 35 y expediente administrativo – CD 1).

Nótese que, tal como lo refirió la representante legal de FLORES LA GIOCONDA LTDA. - EN LIQUIDACIÓN en el interrogatorio de parte, la inconsistencia en el contenido de la referida certificación podría explicarse en el posible desorden presente para la fecha de su expedición -7 de marzo de 2008-, en tanto la sociedad se encontraba *ad portas* de ser declarada disuelta y entrar en estado de liquidación -por medio de escritura pública del 23 de mayo de 2008- (como se evidencia en su certificado de existencia y representación legal ,folios 19 y 20).

Así las cosas, se encuentran evidencias sólidas que desvirtúan el contenido de la certificación laboral que expidió la demandada y que dan cuenta clara de

como lo ha reiterado la Sala en varias oportunidades, los documentos emanados de los empleadores donde conste las características de la relación laboral y se comprometa su responsabilidad, se presumen ciertos. Por ejemplo, la sentencia CSJ SL2600-2018, dijo lo siguiente: Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017)».

la existencia de los dos vínculos evidenciados por la juez de primera instancia, para los períodos comprendidos del mes de noviembre de 1997 al 15 de enero de 1998 y del 4 de enero de 2005 al 3 de marzo de 2008.

(ii) Negada la existencia del vínculo para el interregno reclamado, se debe negar el consecuente reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la accionante, pues resultan insuficientes las semanas de cotización acreditadas en su historia laboral -incluyendo los aportes en mora cuya orden de pago se confirmará, de conformidad con lo expuesto por la juez de primera instancia.

COSTAS de segunda instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JAIRO YEZID SAMACÁ RODRÍGUEZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 9 de agosto de 2021 por la Juez Primera (1ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el mandato por parte del doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, quien se identifica con T.P. 115.849, para actuar como apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JAIRO YEZID SAMACÁ RODRÍGUEZ 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 septiembre de 1999, con fundamento en que fue engañado al no estar precedido por el suministro de información clara, precisa y suficiente por parte la AFP PORVENIR S.A., pues no lo asesoró respecto de su futuro pensional o las características del régimen para obtener una pensión acorde a su mínimo vital, así como tampoco acerca del plazo máximo que tenía para trasladarse al RPM, pues se limitó a señalar que alcanzaría una pensión superior y en menor tiempo a la que obtendría en el ISS, entidad que se iba a acabar por lo que perdería sus beneficios pensionales. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, *bonos pensionales* y sumas adicionales, con sus rendimientos (ver demanda en archivo 01 folios 8 a 98 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003 por faltarle menos de 10 años para alcanzar la edad pensional, sin que se evidencie que haya conservado el régimen de transición. Agregó que no se evidencia que se hubiera presentado vicio de error al momento de la afiliación, cuya carga corresponde a quien lo afirma, lo cual no sucede en el presente asunto y, de ser el caso, el mismo no se alegó dentro del término de 4 años consagrado en el artículo 1750 del C.C. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Pestaición Definida, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe* (ver contestación en archivo 01 folios 292 a 304 del expediente digital).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que no existe prueba de que la afiliación no se haya efectuado de manera libre, informada y espontánea, pues antes del traslado se proporcionó al actor información suficiente y verás sobre las implicaciones del mismo, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente, en virtud de las normas legales vigentes para la época, para la cual no existía el deber de entregar cálculos o proyecciones, pues esta surgió a partir del Decreto 1748 de 2014. Resaltó que el demandante tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado y sus consecuencias, y que ha permanecido más de 21 años en el RAIS sin hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. Así mismo, no procede condena a la devolución de gastos de administración, pues los mismos también se descontarían en el RPM por disposición legal y al no estar destinados a financiar la pensión, son susceptibles de prescribir, por lo que su traslado constituiría un enriquecimiento ilícito a favor de COLPENSIONES. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en carpeta “CD FOLIO 213” del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 9 de agosto de 2021, mediante la cual la Juez Primera (1ª) Transitoria 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 el señor JAIRO YEZID SAMACÁ RODRÍGUEZ, identificado con C.C N.º 19.233.318, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., efectuado el día 2 de julio de 1999, conforme a lo expuesto*

precedentemente. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante JAIRO YEZID SAMACÁ RODRÍGUEZ, identificado con C.C. N.º 19.233.318, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado, conforme con los (sic) consideraciones expuestas en este proveído. TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JAIRO YEZID SAMACÁ RODRÍGUEZ, identificado con C.C. N.º 19.233.318, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración, según ya se expuso. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA PASIVA. QUINTO: ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas. SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de la parte a favor del accionante. Fijese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de las entidades accionadas. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 9 de agosto de 2021 Hora 1:20:06).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que el demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual la demandada funda su defensa. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por el demandante respecto de la información que habría recibido al momento de la afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso de PORVENIR S.A., su apoderado pidió que se revoque la decisión. Considera que la documental allegada para demostrar la afiliación libre y voluntaria correspondía a la exigida para la época, sin que sea dable exigir documentos adicionales conforme a normas posteriores. Así mismo, refirió que la parte demandante no cumplió sus obligaciones como consumidor financiero al no hacer uso de los canales de información para conocer acerca de su afiliación y, por el contrario, mantuvo su vinculación realizando aportes a la entidad. En caso de que se declare la ineficacia, considera que se debía absolver de devolver los gastos de administración, pues los mismos tienen una destinación legal específica y se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y en dado caso se deberían devolver también los rendimientos, pues los mismos no se habrían generado (Audiencia virtual del 9 de agosto de 2021 Hora 1:22:37).

La apoderada de COLPENSIONES, en su recurso, pidió que se revoque la decisión, como quiera que el traslado efectuado por el demandante cuenta con plena validez conforme a las normas vigentes para la época. Resalta que los regímenes tienen diferencias estipuladas en la Ley, por lo que su desconocimiento no es excusa, máxime cuando mantuvo su decisión de permanecer en el RAIS, sin presentar inconformidad alguna o hacer uso del derecho de retracto. En caso de confirmar la decisión, solicita se mantenga la orden de trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y gastos de administración (Audiencia virtual del 9 de agosto de 2021 Hora 1:26:36).

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 45

años de edad y había cotizado 538,86 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 5 años y 16 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 65 años de edad – ver archivo 01 folios 254 y 278).

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES de folios 25 a 29 y en el CD 2.

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*

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

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

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”.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante pues indicó que una asesora de PORVENIR S.A. se acercó a su consultorio y únicamente le indicó que le ofrecían cambiarse a dicha entidad que el ISS se iba a acabar por lo que podría quedarse sin pensión (Audiencia virtual del 9 de agosto de 2021 Min. 18:21).

EXP. 18 2019 00596 01
Jairo Yezid Samacá Rodríguez Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) 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.

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A.

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

RESUELVE

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

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 MARTHA EDITH MERA RODRÍGUEZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 23 de julio de 2021 por la Juez Veintiuna (21) 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 mandato por el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, quien se identifica con T.P. 115.849, para actuar como apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA EDITH MERA RODRÍGUEZ 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 en julio de 1997, con fundamento en que se le indujo a error al no estar precedido por el suministro de una información clara y precisa por parte la AFP PORVENIR S.A., pues no la asesoró respecto de las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen ni los requisitos para obtener su prestación pensional, pues se limitó a señalar que el ISS desaparecería. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos (ver demanda de folios 4 a 17).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que corresponde a la demandante probar que la afiliación no se hizo de manera libre y voluntaria. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que la actora se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003 y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal de 4 años establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de PrimaMedia 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 de folios 84 a 102).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre e informada, pues antes del traslado se proporcionó a la actora asesoría veraz y oportuna sobre las implicaciones del mismo, las

ventajas, desventajas y funcionamiento de cada régimen y sus condiciones pensionales, sumado a que dicha información se encuentra establecida en la Ley y no puede ser modificada por las parte, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente, en virtud de las normas legales vigentes para la época, para la cual no existía el deber de elaborar cálculos o proyecciones pensionales. Resaltó que la demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS por más de 20 años, sin manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. Agregó que, en todo caso, no procede la devolución de gastos de administración, pues los mismos se descuentan por disposición legal y tienen una finalidad específica son susceptibles de prescribir, teniendo que su traslado a COLPENSIONES, implicaría un enriquecimiento sin justa causa. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación e innominada o genérica* (ver contestación en CD 3).

Terminó la primera instancia con sentencia de 23 de julio de 2021, mediante la cual la Juez Veintiuna (21) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de del traslado del régimen pensional efectuado por la señora MARTHA EDITH MERA RODRÍGUEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado el 17 de julio de 1997 con fecha de efectividad a partir del 1 de septiembre de 1997, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar válida la afiliación al Régimen de Prima Media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la*

afiliación de la demandantes –aportes pensionales, bonos pensionales, cotizaciones-, incluyendo los rendimientos generados por éstos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARTHA EDITH MERA RODRÍGUEZ. Para ello se concede el término de un (1) mes. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y por PORVENIR, según lo que hemos señalado. QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de PORVENIR y a favor de la parte demandante. Liquidense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. Sin costas frente a COLPENSIONES. SEXTO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por se adversa a los intereses de COLPENSIONES” (CD 6, Hora 1:21:04).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual la demandada funda su defensa. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante respecto de la información que habría recibido al momento de la afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, PORVENIR S.A., a través de su apoderado, pidió que se revoque la decisión, por considerar que no se cumplen las consecuencias de la declaración de una ineficacia en sentido estricto, como lo refiere la sentencia

C-345 de 2017, sin que sea dable aplicar distintas disposiciones desconociendo la inescindibilidad de las normas, por lo que no es dable ordenar la devolución de los rendimientos y al mismo tiempo los gastos de administración, los cuales como mínimo deberían ser susceptibles de compensación. Así mismo, los pagos de los seguros previsionales se efectuaron a terceros, por lo que no procedería su devolución, máxime cuando no se probó la mala fe de la entidad. En cuanto a que tales valores sean pagados con los recursos propios de dicha AFP, se desconoce que no existe título de restitución, indemnización ni sanción, caso este último en que no existe siquiera tipicidad. Y, en todo caso, los referidos rubros son susceptibles de prescribir. Por último, refiere que la condena en costas debería proceder de manera objetiva en contra de todos los demandados o de ninguno, conforme al artículo 365 del CGP (CD 6, Hora 1:22:30).

COLPENSIONES, a través de su apoderada, también pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto no se valoraron debidamente las pruebas allegas, pues no se dio el valor suficiente a los documentos allegados por PORVENIR para acreditar la asesoría, sin que sea dable aplicar normas posteriores (proferidas a partir de 2014), que no exigían documental adicional que la allegada, por lo que requerirlos vulnera el debido proceso de las AFP. Así mismo, en interrogatorio de parte a la demandante, si bien no hubo confesión, se evidenció que no se trata de una persona *lega* dado que es profesional y era consciente de las consecuencias de la suscripción del formulario de afiliación, al punto que nunca solicitó información adicional o queja alguna respecto de su vinculación durante más de 24 años. Advierte que el precedente jurisprudencial no puede ir en contravía de las normas aplicables al caso, como es la prohibición de trasladarse faltando menos de 10 años para cumplir la edad pensional y la regulación de los diferentes regímenes pensionales por parte del legislador. Finalmente, conforme lo argumentado y teniendo en cuenta que la entidad actúa de buena fe dentro del trámite, considera que se la debe absolver de condena en costas (CD 6, Hora 1:32:26).

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 310,29 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 5 años 7 meses y 5 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver folios 30,31 y 75).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES de folios 33 a 38 y en el 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 han tenido siempre la obligación de brindar toda la información opeartinente 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., 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 al momento de vincularse a un trabajo en la Secretaría Distrital de Salud se encontraba un asesor de PORVENIR S.A. con los formularios parcialmente diligenciados, que se limitó a señalar que el ISS se iba a liquidar, por lo que los servidores debían vincularse a dicho fondo, en el que tendrían condiciones semejantes, además de obtener una rentabilidad. En ningún momento recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (CD 6, Min. 20:17).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 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 a PORVENIR S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en el archivo 18 folios 1 a 25 del expediente digital), sin que dicha entidad se encuentre legitimada para cuestionar la falta de condena en costas en contra de COLPENSIONES, decisión que, en todo caso, podía tomar la juez de primera instancia de conformidad con la prosperidad de la demanda y el interés de las demandads en el proceso (artículo 365 numerales 5 y 6 del CGP).

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”.*

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

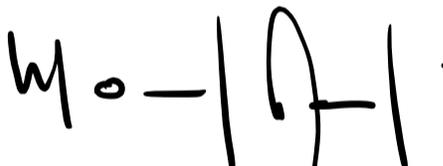
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



Lorenzo Torres Russy

Lorenzo Torres Russy

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 21 2019 00512 01

Martha Edith Mera Rodríguez Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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 MALENA JUDITH AMÓRTEGUI RODRÍGUEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 12 de mayo de 2021 por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a las doctoras Claudia Liliana Vela y Cindy Brillith Bautista Cárdenas, quienes se identifican con T.P. 123.148 y 237.264, 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 apoderada, MALENA JUDITH AMÓRTEGUI RODRÍGUEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la *nulidad o invalidez* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en abril de 1995, con fundamento en que el asesor de ING, hoy PROTECCIÓN S.A., la indujo a error por incumplimiento de su deber de información, aduciendo que dicho fondo era más *sólido* que el ISS, entidad que sería liquidada, por lo que perdería sus aportes, y ofreciendo diversas ventajas como que obtendría una pensión superior y a cualquier edad, sin explicar los requisitos para ello ni las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de aportes a dicha entidad (ver demanda en archivo “2019-580.pdf” folios 61 a 78).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que para el traslado *horizontal* de la demandante a dicha entidad, se brindó la debida asesoría integral y completa relativa a las diferencias entre los regímenes pensionales, posibilidades de traslado y tiempos, bonos pensionales, régimen de transición, implicaciones de su decisión, beneficios del RAIS, conforme a lo cual firmó de manera libre y voluntaria la solicitud de afiliación, de manera válida sin vicio alguno u ocultamiento de información y, agregó, que no es dable la devolución de los valores destinados al seguro previsional, asesoría por contratación de renta vitalicia y comisión por manejo de aportes obligatorios, pues son descuentos legales. Así mismo, conforme a concepto de la Superintendencia Financiera, no es dable solicitar el traslado conforme a requisitos legales posteriores a la fecha de afiliación, máxime cuando la demandante ha mantenido su afiliación por más de 20 años al RAIS, sin hacer uso del derecho de retracto. Propuso como excepciones de fondo: *falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para*

solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos (ver contestación en archivo “2019-580.pdf” folios 119 a 147).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que corresponde a la demandante probar que la afiliación no se hizo de manera libre y voluntaria, máxime cuando se encuentra incurso en la prohibición para poder trasladarse de régimen, conforme a la Ley 797 de 2003, y no cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Agregó que las documentales allegadas dan cuenta de su vinculación libre y voluntaria y sin que se presentara inconformidad alguna por parte de la actora. En caso de acceder a lo pretendido, solicita se supedite la orden a su representada de aceptar a la demandante como su afiliada, a que la AFP correspondiente realice la corrección ante el SIAFP y traslade la totalidad de los aportes recibidos y entregue el archivo pensional de la actora. Propuso como excepciones de mérito: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica (ver contestación en archivo “2019-580.pdf” folios 151 a 186).*

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., también contestó la demanda mediante apoderada, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones en su contra argumentando que ING, hoy PROTECCIÓN S.A., siempre realizó 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, a través de personal idóneo y debidamente capacitado. Afrima que un error de derecho no

vicia el consentimiento, y que la demandante se afilió precedida de información clara, oportuna y suficiente, y en todo caso no se hizo uso del derecho de retracto ni se evidencia intención de traslado al RPM, lo que ratificó la voluntad de mantenerse allí. La afiliación se hizo de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario correspondiente, sin que para la fecha del traslado de régimen pensional estuviera vigente el deber de conservar soportes documentales de la doble asesoría o la elaboración de un comparativo financiero de las mesadas entre ambos regímenes, cuya variación no constituye un vicio en el consentimiento, y sin que el desconocimiento de la Ley sirva a excusa. Señaló que la acción de nulidad se encuentra prescrita, pues no se ejerció entro de los 4 años siguientes a la afiliación, conforme al artículo 1750 del C.C. Así mismo, no resulta procedente la devolución de los gastos descontados por administración, pues se trata de comisiones ya pagadas y causadas, como contraprestación por la gestión que dio lugar a los rendimientos financieros. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; innominada o genérica; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS* (ver contestación en archivo “2019-580.pdf” folios 235 a 254).

Terminó la primera instancia con sentencia de 12 de mayo de 2021, mediante la cual la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la Ineficacia del traslado efectuado por MALENA JUDITH AMORTIGUE (sic) RODRÍGUEZ, identificada con la C.C. No.*

20.475.377, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 10 de abril de 1995, incluidos los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS, fondo al que se encuentra afiliada la demandante, traslade a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedaron explicados en esta providencia. TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a remitir a COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado precedentemente. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. QUINTO: CONDENAR en costas a COLFONDOS y PROTECCIÓN a la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una, como agencias en derecho. SEXTO: CONSÚLTESE, a su favor (sic) ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral” (Audiencia Virtual del 12 de mayo de 2021 Min. 15:34).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLFONDOS S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, el cual ni siquiera fue allegado al plenario, en tanto únicamente se allegó el historial de afiliaciones. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque la decisión, como quiera que para la época del traslado el formulario

de afiliación era el único documento exigido para demostrar la validez de la afiliación y la demandante como consumidora financiera tenía el deber de informarse, pese a lo cual ha efectuado actos de relacionamiento que dan cuenta de su vocación de permanencia en el régimen, como lo es el traslado horizontal a COLFONDOS. Agregó que la demandante se encuentre incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003. De otro lado, devolver dineros de gastos de administración constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y no corresponde a una consecuencia de las normas aplicadas, mientras que las primas de seguros fueron pagadas a terceros de buena fe por lo que la entidad está imposibilitada para recobrarlos, tales entidades -dice- debieron ser vinculadas al trámite (Audiencia Virtual del 12 de mayo de 2021 Min. 17:17).

La apoderada de COLPENSIONES, también presentó recurso. Pidió se revoque la decisión teniendo en cuenta que en el caso particular se presentó un traslado a otra entidad del RAIS, en lugar de trasladarse al RPM, beneficiándose de dicho régimen en cuanto a la protección de la contingencia por invalidez. Agregó que COLPENSIONES se ve afectada por este tipo de decisiones que ponen en riesgo la estabilidad financiera del sistema y afectan a los demás afiliados. Por último, solicita no ser condenada en costas, pues no hizo parte del negocio jurídico que da origen a la acción (Audiencia Virtual del 12 de mayo de 2021 Min. 26:26).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 34

años de edad y había cotizado 280,00 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años 7 meses y 22 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver archivo “2019-580.pdf” folios 5 y 79).

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo “2019-580.pdf” folio 18.

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*

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

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

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”.

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, 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 el asesor de COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN, únicamente le indicó que al liquidarse el ISS perdería sus aportes, pero los mismos podrían ser recuperados si se trasladaba a dicha AFP por lo que no tenía más alternativa, además que allí tendría un ahorro con el cual se podría pensionar antes si lo deseaba (Audiencia Virtual del 4 de mayo de 2021 Min. 10:37). En ninguno de los traslados efectuados recibió una

información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, este porcentaje hace

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*

EXP. 22 2019 00580 01
Malena Judith Amortegui Rodríguez Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia.

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

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

COSTAS en apelación a cargo de 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,

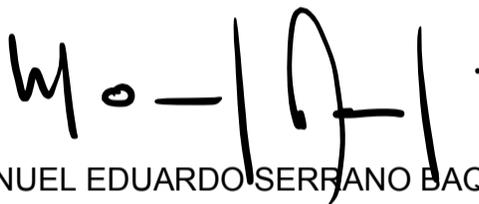
RESUELVE

cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

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

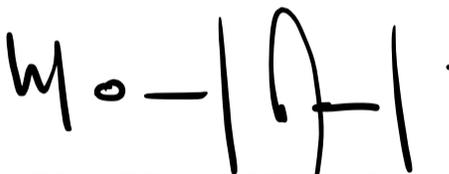
Magistrado



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 ROBERTO OLIVEROS PRADA CONTRA LA
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –
UGPP**

Bogotá D. C., treinta (30) días de septiembre 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 UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de julio de 2021. En dicha providencia se CONDENÓ a la UGPP a reestablecer el pago de la mesada 14 de una pensión convencional.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ROBERTO OLIVEROS PRADA presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene a su favor el pago de la mesada catorce desde el 9 de noviembre de

2008 (momento en el que se hizo exigible el derecho pensional), y condene a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 27 de junio de 1999 adquirió el derecho a la pensión convencional como trabajadora oficial de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, pues se retiró de la entidad completando más de 20 años de servicio. La prestación se hizo exigible una vez cumplió la edad de 55 años, esto es, el 9 de noviembre de 2008. Advirtió que si bien inicialmente la prestación se venía pagando en catorce mesadas al año (Resolución 211 de 13 de febrero de 2009) de manera unilateral la entidad dispuso la suspensión de la mesada adicional de junio o mesada catorce (ver demanda en el CD 1 y subsanación a folio 5 del expediente).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP contestó la demanda, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el actor adquirió el status de pensionado el 9 de noviembre de 2008, y como la mesada se reconoció en una suma superior a 3 SMLMV de la época, no se cumplen los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 para acceder a la mesada catorce o mesada adicional de junio. Propuso como excepciones las de *falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, falta de causa, compensación y pago y de la compartibilidad de la pensión* (ver contestación en el expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia proferida el 27 de julio de 2021, a través de la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UGPP a pagar la mesada 14 de una pensión convencional. La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES*

PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, a REESTABLECER al demandante ROBERTO OLIVEROS PRADA, el pago de la mesada adicional de junio o mesada 14 de la pensión sanción reconocida a su favor, a partir del mes de junio de 2011. SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 20 de noviembre del 2016. En consecuencia, SE CONDENAN a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, a PAGAR al demandante ROBERTO OLIVEROS PRADA la mesada adicional de junio o mesada 14 a partir del año 2017. TERCERO: CONDENAR al demandante UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reconocer a favor del demandante ROBERTO OLIVEROS PRADA las mesadas adicionales de junio o mesada 14 de la pensión convencional aquí reconocidas, debidamente indexadas al momento en que se efectúe su pago. CUARTO: ABSOLVER a la demanda UGPP de las demás pretensiones de la demanda. QUINTO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción respecto de mesadas adicionales causadas con anterioridad al 20 de noviembre del 2016. SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la demandada. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada” (audiencia virtual, minuto 23:30).

Para tomar su decisión el juez de primera instancia hizo referencia a la normatividad que regula el derecho a la mesada catorce y concluyó que el derecho pensional se causó cuando el demandante se retiró de la CAJA AGRARIA y con 20 años de servicios, es decir, en el año 1999, y por ende no le son aplicables las limitaciones que introdujo el Acto Legislativo 01 de 2005. En consecuencia, condenó a la UGPP a reestablecer el pago de la mesada adicional de junio y declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 20 de noviembre de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia y se absuelva a la entidad de todas las pretensiones incoadas, de forma subsidiaria, pide que se revoque la condena que se le impuso por concepto de costas y agencias en derecho. Afirma que el demandante adquirió el derecho pensional el 9 de noviembre de 2008 si se tiene en cuenta que la norma convencional exige el cumplimiento de ambos requisito (edad y tiempo de servicios) para la causación del derecho, y en consecuencia, si no se cumplen los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 se debe suspender el pago de la mesada. De confirmarse la sentencia dictada en primera instancia, pide que se revoque la condena en COSTAS, pues la decisión negativa de la entidad en reconocer de la mesada pensional fue de buena fe y se soportó en fundamentos jurídicos (audiencia virtual, minuto 25:10).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia se advierte del expediente que mediante la Resolución 211 de 13 de enero de 2009, el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconoció a favor de la demandante ROBERTO OLIVEROS PRADA pensión convencional a partir del 9 de noviembre de 2008, en cuantía inicial de \$1.798.454,49, con fundamento en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1998-1999, suscrita entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y SINTRACREDITARIO (Ver resoluciones aportadas por la parte demandante en el archivo nominado *PODERES* y por la demandada con el expediente administrativo).

Con la constancia de pagos efectuados por el FOPEP que aportó la parte demandante con la demanda, se prueba además que la entidad pagó la prestación sobre catorce mesadas anuales entre el año 2008 y el año 2010, pero a partir del año 2011 la redujo a trece mesadas anuales (ver CD 1, archivo nominado *PODERES*).

Así las cosas, para definir el derecho a la mesada 14 del demandante, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 dispuso el pago de una mesada adicional a la que había creado la Ley 4ª de 1976 –la mesada 13-, en el mes de junio, para todos los pensionados. Así lo definió con efectos de cosa juzgada constitucional la sentencia C-409 de 1994.

Si bien dicho derecho se excluyó del ordenamiento jurídico con el Acto Legislativo 01 de 2005, tal enmienda solo se aplica a las pensiones que se lleguen a causar con posterioridad al 25 de julio de 2005 -cuando entró en vigencia el AL 01 de 2005-.

En consecuencia, se debe definir el momento en el que se causó el derecho pensional extralegal para verificar si pudo o no verse afectado por el acto legislativo 01 de 2005.

En pensiones como la que se reconoció al demandante en este proceso, el Tribunal se remite a la reciente interpretación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vertida en las sentencias SL 1098 de 2019, SL 4550 de 2018, SL 526 de 2018 y SL 289 de 2018 sobre el texto de la Convención Colectiva de trabajo vigente en el periodo 1998-1999 entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES – SINTRACREDITARIO (aportada al proceso en el CD 1)¹ y el momento en que se causan los derechos pensionales con base en ella.

¹ El artículo 41 de la Convención Colectiva referida tiene el siguiente tenor literal: “A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja

Según esta interpretación, la pensión de jubilación extralegal de trabajadores de la CAJA AGRARIA se debe entender como un derecho causado y adquirido en el momento en que el trabajador cumplió 20 años de servicios, sin que importe para el efecto la edad, pues en palabras de la Sala Laboral, *“la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce y disfrute”* (ver SL 526 de 2018, M.P. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS).

Con esta interpretación de la Sala Laboral de la Corte, el Tribunal confirmará la sentencia apelada, pues el derecho del demandante se causó el 27 de junio de 1999 cuando terminó su contrato de trabajo (ver antecedentes en la Resolución 211 de 13 de febrero de 2009 y liquidación de cesantías) y ello ocurrió antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, normatividad que como se dijo con anterioridad, dispuso la extinción del derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14.

Así mismo, se confirmará la sentencia en cuanto dispuso el pago de la mesada adicional de junio a partir del 20 de noviembre de 2016, momento para el cual la entidad ya había dejado de efectuar el pago de la mesada catorce, dado que la reclamación que interrumpió la prescripción se elevó el 20 de noviembre de 2019 y la demanda se presentó el 29 de octubre de 2020 (folio 2).

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

Cabe advertir que la condena impuesta se debe pagar en el mayor valor que se genere (o la diferencia) entre la mesada convencional y la mesada de la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor del demandante, dado su carácter de *compartida*. Así lo ordena el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 al disponer que las pensiones reconocidas en forma voluntaria con posterioridad a octubre del año 1985 tienen el carácter de compartidas con las pensiones de vejez que otorgue en el futuro el Sistema, y así lo ratifica el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 al advertir para las pensiones extralegales –en general- el carácter de compartidas.

Igualmente se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la UGPP 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, y revisado el texto de la contestación a la demanda se advierte que la UGPP no solo se opuso a las pretensiones de ROBERTO OLIVEROS PRADA sino que además planteó controversia sobre los argumentos que éste expuso, controversia en la cual resultó vencida.

SIN COSTAS en la apelación.

DECISION

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, advirtiendo que la pensión convencional a cargo de la UGPP tiene el carácter de *compartida* con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor de la demandante, y por ello, el pago de la mesada catorce a cargo de la demandada será la *diferencia* que se genere entre la mesada adicional de junio a cargo de la UGPP y la mesada adicional de junio que esté pagando o que llegue a pagar COLPENSIONES.
2. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



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 MARIA DEL SOCORRO BUCHELI ARCOS
CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL – UGPP**

Bogotá D. C., treinta (30) días de septiembre 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 UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de junio de 2021. En dicha providencia se CONDENÓ a la UGPP a reestablecer el pago de la mesada 14 de una pensión convencional.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARIA DEL SOCORRO BUCHELI ARCOS presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene el pago de la mesada catorce desde el 27 de noviembre de

2006 (momento en el que se hizo exigible el derecho pensional), y se le condene a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 27 de junio de 1999 adquirió el derecho a pensión convencional como trabajadora oficial de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, por haberse retirado de la entidad con más de 20 años de servicio, y que la prestación se hizo exigible una vez cumplió la edad de 50 años, el 27 de noviembre de 2006. Advirtió que si bien inicialmente la prestación fue reconocida sobre catorce mesadas al año (Resolución 04984 de 26 de diciembre de 2006), de manera unilateral y sin razón jurídica la entidad dispuso la suspensión del pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce (ver demanda en el CD 1 y subsanación a folio 5 del expediente).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la actora acreditó el status de pensionada el 27 de noviembre de 2006, y dado que la mesada se reconoció en una suma superior a 3 SMLMV de la época no se cumplen los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 para el pago de la mesada catorce o mesada adicional de junio. Propuso como excepciones las de *inexistencia de la obligación y prescripción de las mesadas* (ver contestación aportada con el CD 4, expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia proferida el 30 de junio de 2021, a través de la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UGPP a pagar la mesada 14. La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, a REESTABLECER a la demandante MARÍA DEL SOCORRO BUCHELI*

ARCOS, el pago de la mesada adicional de junio, con mesada 14 de la pensión de jubilación convencional, a partir de junio de 2013. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 20 de noviembre del 2016. En consecuencia, CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, a PAGAR a la demandante MARÍA DEL SOCORRO BUCHELI ARCOS la mesada adicional de junio o mesada 14, a partir del año 2017. TERCERO: CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reconocer a la demandante la mesa adicional de junio o mesada 14 de la pensión convencional aquí reconocidas, debidamente indexadas desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago. CUARTO: ABSOLVER a la UGPP de las demás pretensiones incoadas. QUINTO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción con anterioridad al 20 de noviembre del 2016. SEXTO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada” (CD 3, audiencia virtual, minuto 22:52).

Para tomar su decisión el juez de primera instancia concluyó que la demandante causó el derecho pensional cuando se retiró de la CAJA AGRARIA en el año 1999, y por ende no le son aplicables las limitaciones que introdujo el Acto Legislativo 01 de 2005. Por prescripción de las mesadas ordenó el pago a partir del 20 de noviembre de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia para que se absuelva a la entidad de todas las pretensiones incoadas. Reitera que no se cumplen los requisitos establecidos en el Acto

Legislativo 1 de 2005 para que la actora tenga derecho a percibir la pensión sobre catorce mesadas anuales, pues adquirió el status pensional antes del 31 de julio de 2011, el 27 de noviembre de 2006, y el valor de la prestación superó 3 SMLMV de la época. Considera que para causar el derecho pensional se deben cumplir los requisitos de edad y tiempos de servicio (CD 3, audiencia virtual, minuto 24:32)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

¹ “Gracias su señoría por previa directriz de parte de la UGPP me permito interponer el recurso de apelación el cual sustentó teniendo en cuenta su señoría los siguientes argumentos y pues los que preciso definir, sabemos que la Ley 100 de 1993 en su artículo 142 creó una mesa adicional que se ha conocido como la mesada 14 o mesada adicional, la cual recibirían los pensionados por jubilación, invalidez vejez y sobreviviente y se reconocía por un monto de 30 días de la pensión que le correspondía, siendo cancelado con la mesada del mes de junio de cada año, señaló también su señoría artículos que para esta mesada pensional en el artículo 43 parágrafo 1° del Decreto 692 del año 1994, como tope para su pago no podían exceder los 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ahora bien, el acto legislativo y quiero reiterar y enfocarme en eso su señoría, del 22 de julio del año 2005 modificó la Ley 100 de 1993 y estableció expresamente los siguientes cuyos requisitos son para acceder a esta mesada 14, es que primero pues las personas que hubiesen adquirido el estatus pensional tenían que hacerlo antes del 29 de julio del año 2005, las personas que adquieren el estatus pensional con posterioridad al 29 de julio del año 2005 y antes del 31 de julio del año 2011, y que devenguen menos de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de efectividad de la pensión, de acuerdo a su señoría, esto sólo son acreedores al pago de la mesada 14 o mesada adicional de junio, las personas que hubiesen adquirido que el estatus pensional antes del 29 de julio del año 2005 y aquellas personas que con posterioridad a esta fecha adquieren su señoría, su estatus antes del 31 de julio... mesada adicional igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta estos argumentos su señoría, a la actora la acompañan las siguientes circunstancias, no habría lugar al reconocimiento de la mesada 14 por cuanto el valor de la mesada pensional otorgada en la Resolución número ...12 908 del 23 de abril del año 2013 es superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el año de la efectividad, es decir para el año 2006 se hace al estudio de los 3 salarios mínimos toda vez que la actora adquirió el estatus como pensionada al 27 de noviembre del año 2006 fecha su señoría, que con posterioridad al 29 de julio del año 2005 y anterior al 31 junio del año 2011 razón por la cual para tener derecho a la mesada 14, el valor de la mesada pensional no puede ser superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigente a la fecha de efectividad, es decir al 27 de noviembre del 2006, mi representada su señoría también comparte el criterio que en reiterada jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y de la Corte Constitucional que la verdad pues es difícil desprenderse de lo que ha reiterado la Corte Constitucional sobre el cumplimiento, su señoría, de los requisitos para acceder a estas, al reconocimiento pensional toda vez que estos tipos de reconocimiento pensional y es que deben acreditarse su señoría, tanto la edad, como el tiempo de servicio y el no cumplimiento pues de estos requisitos o de todos estos requisitos, pues solamente existiría una mera expectativa de derecho, entonces teniendo en cuenta su señoría pues estos argumentos, solicitó al honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, revocar la decisión que se acaba de adoptar en contra de mi representada gracias su señoría, así dejó su sentado el recurso de apelación”.

Para resolver la controversia se advierte del expediente que mediante la Resolución 4984 de 26 de diciembre de 2006, la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN reconoció a favor de la demandante MARIA DEL SOCORRO BUCHELI ARCOS pensión convencional a partir del 27 de noviembre de 2006, en cuantía inicial de \$771.159, con fundamento en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1998-1999, suscrita entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y SINTRACREDITARIO; y que mediante la Resolución RDP 012908 de 23 de abril de 2014, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP indexó la pensión y reajustó la mesada pensional en la suma de \$1.242.803 a partir del 16 de enero de 2006 (Ver resoluciones aportadas por la parte demandante en el archivo nominado *PODERES* y por la demandada con el expediente administrativo).

Además, según se observa en la constancia de pagos efectuados por el FOPEP que aportó la parte demandante con la demanda, la entidad pagó prestación sobre catorce mesadas anuales entre los años 2006 y 2013. A partir del año 2014 redujo la prestación a trece mesadas anuales.

El Tribunal debe definir si la demandante tiene o no derecho al pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce de su pensión (ver CD 1, archivo nominado *PODERES*).

Para resolver lo que corresponde, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 dispuso el pago de una mesada adicional a la que había creado la Ley 4ª de 1976, para todos los pensionados en el mes de junio. Así lo definió la sentencia C-409 de 1994.

Sin embargo, dicho derecho fue excluido del ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 01 de 2005, para las pensiones que se hubieran causado con

posterioridad al 25 de julio de 2005, cuando entró en vigencia la enmienda constitucional.

Así las cosas, se debe definir en el caso presente el momento en que se causó el derecho de la demandante para deducir de ello si se aplica o no a su pensión la extinción que ordenó el Acto Legislativo.

Para este efecto el Tribunal se remite a la reciente interpretación que hizo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vertido en las sentencias SL1098 de 2019, SL4550 de 2018, SL526 de 2018 y SL289 de 2018 sobre el texto de la Convención Colectiva de trabajo vigente en el periodo 1998-1999 entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES – SINTRACREDITARIO (aportada al proceso en el CD 1)². Según dicha interpretación, la pensión de jubilación extralegal de los trabajadores de la CAJA AGRARIA se debe entender como un derecho *causado* y adquirido en el momento en que el trabajador cumpla 20 años de servicios, sin que importe para el efecto la edad pues, en palabras de la Sala Laboral, *“la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce y disfrute”* (ver SL 526 de 2018, M.P. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS).

Con esta interpretación de la Sala Laboral de la Corte, el Tribunal confirmará la sentencia apelada, pues el derecho de la demandante se causó el 27 de

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

junio de 1999 cuando terminó su contrato de trabajo (ver antecedentes en la Resolución 4984 del 26 de diciembre de 2006), y ello ocurrió antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, normatividad que como se dijo dispuso la extinción del derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14 para las pensiones que no se hubieran causado.

Así mismo, se confirmará la sentencia apelada en cuanto dispuso el pago de la mesada adicional de junio a partir del 20 de noviembre de 2016, por prescripción, pues la reclamación que interrumpió el término trienal se elevó el 20 de noviembre de 2019 y la demanda se presentó el 29 de octubre de 2020 (folio 2)

Cabe advertir que la condena impuesta se debe pagar en el mayor valor que se genere entre la pensión convencional y la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor de la demandante, dado su carácter de pensión *compartida*. Así lo ordena el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 al disponer que las pensiones reconocidas en forma voluntaria con posterioridad a octubre del año 1985 tienen el carácter de *compartidas* con las pensiones de vejez que otorgue en el futuro el Sistema, y así lo ratifica el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 al advertir para las pensiones extralegales –en general- tienen dicho carácter.

SIN COSTAS en la apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, advirtiendo que la pensión convencional a cargo de la UGPP tiene el carácter de *compartida* con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor de la demandante, y por ello, el pago de la mesada catorce a cargo de la demandada será la *diferencia* que se genere entre la mesada adicional de junio a cargo de la UGPP y la mesada adicional de junio que esté pagando o que llegue a pagar COLPENSIONES.
2. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MIGUEL EDUARDO ZABALETA ARIAS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2021 por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se NEGÓ la declaración de *nulidad* del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el mandato por parte del doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, quien se identifica con T.P. 115.849, para actuar como apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES

En causa propia, MIGUEL EDUARDO ZABALETA ARIAS 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 marzo de 1995, con fundamento en que se le indujo a error, en tanto la información proporcionada para el traslado no era *cierta ni real* y pese a que le ofrecieron una mejor pensión y rentabilidad, con mayores garantías frente al sector público, sin indicar las ventajas y desventajas de dicho régimen. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de las cotizaciones y rendimientos que la AFP hubiera recibido en razón a su afiliación, así como *el bono pensional que le fue trasladado por parte del Estado*, para que se reconozca su pensión de *jubilación* (ver demanda de folios 1 a 7 y 27 a 33).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que corresponde al demandante probar que la afiliación no se hizo de manera libre y voluntaria, y aún en ese caso, los efectos no le son aplicables por ser tal entidad un tercero respecto de la relación entre el demandante y la AFP. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que el actor se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003 y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, por lo que ordenar se acepte como afiliado en el RPM afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Por último, considera que el acto de afiliación no es un acto *consustancial* al reconocimiento pensional, por lo que es susceptible de prescribir la acción que del mismo se origine, como en el presente caso. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal de 4 años establecido para el efecto. Propuso como 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, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido,*

falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica (ver contestación en adjuntos del correo electrónico a folio 101).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre e informada, pues se proporcionó asesoría completa y comprensible sobre las implicaciones del mismo, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente según las normas vigentes, sin que sea dable exigir documental adicional, pues ello violaría el debido proceso de la AFP al aplicar normas de forma retroactiva. Resaltó que, pese a que se garantizó el derecho de retracto, el accionante no hizo uso del mismo ni se trasladó al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. Agregó que, en todo caso, no procede la devolución de gastos de administración, pues los mismos se descuentan por disposición legal, tienen una finalidad específica, y son susceptibles de prescribir, además, su devolución a COLPENSIONES, implicaría un enriquecimiento sin justa causa. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación de folios 153 a 161).

Terminó la primera instancia con sentencia de 30 de junio de 2021, mediante la cual la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la declaración de *nulidad* del traslado 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: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su*

contra por parte del Dr. MIGUEL EDUARDO ZABALETA ARIAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva. TERCERO: CONDENAR en cotas a la parte demandante, señor MIGUEL EDUARDO ZABALETA ARIAS. Liquidense por secretaría en la oportunidad procesal correspondiente, incluyendo el valor de \$100.000, como valor en que se estiman las agencias en derecho. CUARTO: REMITIR las diligencias a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, en caso de no ser apelada oportunamente la presente decisión” (CD 3 Min. 39:34).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia explicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, y concluyó que debido al hecho sobreviniente de la pensión reconocida por PORVENIR a solicitud del demandante, corresponde aplicar lo establecido en la Sentencia Rad. 84475 de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que no se procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues se trata de una persona que adquirió el status de pensionado, pues se trata de una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, por lo que no es dable retrotraer la misma.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante recurso de apelación, la parte actora solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones incoadas, con fundamento en los siguientes argumentos: (i) la sentencia citada por el Juzgado para respaldar su decisión, no se ajusta a sus condiciones concretas, pues en aquella el demandante sí tuvo asesoría y solicitó el cambio de afiliación luego de estar pensionado, mientras que él solicitó el traslado antes de reclamar la pensión; (ii) no se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad en la interpretación de la Ley, cuando una *situación* le resulta

más favorable al trabajador; y, (iii) hay precedentes jurisprudenciales distintos al aplicado, que respaldan sus pretensiones (CD 3 Min. 40:39).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia, por haber sido declarado en la sentencia y o ser objeto de apelación, que el demandante recibe desde febrero de 2021, pensión de vejez reconocida en el RAIS (por PORVENIR S.A.), bajo la modalidad de retiro programado, en cuantía de \$2.167.173, la cual tiene el carácter de definitiva (ver certificación del 15 de junio de 2021, a través de la cual se informa el reconocimiento pensional – folios 268 y 269 e interrogatorio de parte al demandante – CD 2 Min. 14:00).

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 el demandante tenía 39 años de edad y tenía 561,57 semanas de servicios prestados¹, 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 9 años y 11 meses)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 63 años de edad – ver folios 8 y 25).

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

¹ Ver historia laboral válida para bono actualizada en el Ministerio de Hacienda y Crédito Púglico - OBP de folios 213 y 214.

² *Ibidem*.

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

Más recientemente esa misma Corporación, en la sentencia SL 373-2021, recogió de forma explícita el criterio que había expresado con anterioridad, y señaló que NO procede la declaración de ineficacia cuando quien la reclama

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”.*

está ya pensionado en el RAIS, pues *“la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...) No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”* (ver SL 373-2021, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el caso bajo estudio se trata de una persona que adquirió el status de pensionado en el RAIS desde el mes de febrero del año 2021.

En consecuencia y acatando el cambio jurisprudencial referido -vigente en la fecha de esta sentencia-, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, advirtiéndole para dar respuesta al argumento del apelante, que en el presente asunto no resulta aplicable el principio de favorabilidad (artículo 21 CST) pues no se trata de un conflicto sobre la aplicación de normas vigentes sino de tesis jurisprudenciales elaboradas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, y el Tribunal está aplicando la tesis actual y vigente, en la cual se subsume, sin duda alguna, la situación que plantea la demanda.

COSTAS en la apelación a cargo del demandante.

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** en la APELACIÓN a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de CIEN MIL PESOS MCTE (100.000), como agencias en derecho a cargo de la parte demandante.



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 JEANNETTE GARCÍA PORTILLA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., HOY SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 15 de julio de 2021 por la Juez Veinticuatro (24) 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 Brigitte Natalia Carrasco Boshell, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien se identifica con T.P. 288.455, para actuar como apoderada principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JEANNETTE GARCÍA PORTILLA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 en agosto de 1994, así como los ocurridos con posterioridad, con fundamento en que el traslado a COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., estuvo viciado por no haber recibido más información que el ISS se acabaría y estaba en riesgo de perder sus aportes, pues los asesores omitieron informar los requisitos para retornar al RPM, la forma en que se liquidaría su pensión, el capital necesario, valor de la mesada pensional, opción de retracto y, en su lugar, le prometieron un mejor futuro para su vejez como poder pensionarse en cualquier momento, sorteos de dinero y un servicio sin trámite dispendiosos para reclamar su pensión, situación que se repitió en su posterior traslado a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., en busca de una mejor expectativa pensional. Pese a contar con sus datos de contacto por varios años de afiliación, las entidades no informaron acerca de las desventajas de dicho régimen, la posibilidad de hacer aportes voluntarios, la imposibilidad de trasladarse al faltarle menos de 10 años para la edad pensional o la *proyección de su vejez*. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene a las AFP el traslado del capital ahorrado más los frutos y beneficios percibidos, gastos de administración y *cuota de manejo* que hubiesen descontado (ver demanda de folios 3 a 20).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a todas las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que la afiliación efectuada por la demandante con dicha entidad en julio de 2016 es plenamente válida y, para entonces, se encontraba incurso en la prohibición de trasladarse de régimen contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que previo a la vinculación brindó información suficiente sobre características, bondades y limitaciones del RAIS a través de sus asesores y funcionarios, quienes están debidamente capacitados, conforme a lo cual la

demandante tomó la decisión de trasladarse desde otra AFP, como se evidencia en el formulario de afiliación suscrito y, resalta, la actora contaba con los mecanismos suficientes y necesarios para cotejar la información proporcionada. Manifestó que no se acreditó en el plenario los supuestos fácticos del vicio del consentimiento alegado y, por el contrario, no hizo uso del derecho de retracto que le asistía. En cuanto a la variación de la mesada pensional, ésta no puede ser considerada causal de vicio del consentimiento, pues su valor varía según tasas y otros factores fluctuantes. Propuso como excepciones de fondo: *Old Mutual no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica* (ver contestación de folios 57 a 68).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el traslado efectuado por la demandante se realizó de manera libre y voluntaria conforme a la normatividad vigente para la época, encontrándose ahora incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años de cumplir la edad pensional y no cumplir los requisitos de la sentencia SU-130 de 2013. Afirmó que la mera inconformidad entre la mesada pensional que le corresponde en el RAIS y la que obtendría en el RPM, no es suficiente para demostrar engaño al momento del traslado, pues se debe probar el perjuicio sufrido. En todo caso, si se declara la ineficacia del traslado, corresponde a la AFP que desplegó una conducta indebida asumir el pago de los deterioros sufridos por el capital administrado, incluyendo capital, rendimientos, bonos, seguros previsionales, cuotas de administración y mermas en la cuenta individual. Propuso como excepciones de mérito: *cobro*

de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado e innominada o genérica (ver contestación de folios 87 a 98).

A su vez, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que proporcionó una asesoría con información clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivos para que la demandante tomara una decisión consciente, sin que el nivel de detalle de información referido en la demanda fuera exigible para la época del traslado, pues surgió a partir del Decreto 2555 de 2010 y, en todo caso, era deber de la demandante informarse sobre el acto jurídico de traslado y sus consecuencias. Así mismo, no se prueba en el plenario que la voluntad de la demandante de seleccionar un régimen pensional se vio coartada conforme a los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, por el contrario, pese a tener varias oportunidades para trasladarse de régimen, no fue diligente al respecto sino cuando ya se encontraba incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Agregó que, en caso de declarar la *nulidad* o ineficacia, resulta contrario a las restituciones mutuas ordenar el traslado de los aportes con sus rendimientos, junto con los gastos de administración descontados legalmente y cuya inversión dio lugar a estos últimos. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido pro ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación de folios 180 a 197).

Terminó la primera instancia con sentencia de 15 de julio de 2021, mediante la cual la Juez Veinticuatro (24) 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 que hizo la señora JEANNETTE GARCÍA PORTILLA al Régimen de Ahorro Individual, a través de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA, hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos la señora JEANNETTE GARCÍA PORTILLA nunca se vinculó al RAIS, contrario a ello, se declarará que siempre permaneció en el RPM-PD. TERCERO: ORDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA administradora de pensiones y cesantías, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, señora JEANNETTE GARCÍA PORTILLA, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa que se debe trasladar todo lo que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual, sin realizar deducción alguna, debiendo también trasladar lo que haya deducido por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante, conforme a la parte motiva de la decisión. CUARTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES lo que haya deducido de los aportes efectuados por la demandante, por concepto de gastos de administración, conforme lo indicado en la parte motiva de la decisión. QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la señora JEANNETTE GARCÍA PORTILLA como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que debe trasladar tanto la sociedad ADMINISTRADORA*

DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, así como PORVENIR. SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva. SEXTO (sic): SIN CONDENAS EN COSTAS. SÉPTIMO (sic): En el evento que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES no interponga recurso de apelación contra esta sentencia, remítase el expediente para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, por así ordenarlo el art. 69 del CPTSS” (Audiencia Virtual del 15 de julio de 2021 Hora 1:01:56).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación o el posterior traslado a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., como quiera que dicha entidad tampoco acreditó el cumplimiento del deber de información. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderado pidió que se revoque la decisión, pues se exige a las entidades requisitos legales que surgieron con posterioridad a la fecha del traslado objeto de demanda. Así mismo, se desconoció la confesión de la demandante en que reconoció conocer las diferentes características de los regímenes pensionales. Considera que se debe tener en cuenta la sentencia SL4806 de la Corte Suprema de Justicia, que estableció que la deficiencia de información debe impedir el acceso del afiliado al derecho pensional, lo cual no sucede en el presente asunto, pues la diferencia en el valor de la mesada corresponde a una mera inconformidad y para el momento de la afiliación no era posible determinar con certeza su

monto pues este varía con el paso del tiempo, y las diferencias en los regímenes impide que sean comparables, como lo señala la Corte Constitucional, pues cada uno busca de modo distinto garantizar el acceso a una prestación pensional. Afirmó que no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues por disposición legal fueron descontados e invertidos en la generación de rendimientos de los aportes de la actora, cuya devolución también se ordena, lo cual va en contravía de las restituciones mutuas que resultan aplicables a la declaratoria de ineficacia (Audiencia Virtual del 15 de julio de 2021 Hora 1:05:38).

El apoderado de COLPENSIONES, también presentó recurso en que pidió se revoque la decisión pues desconoce el principio de la relatividad jurídica, en tanto dicha entidad no tuvo relación alguna con los hechos que dieron origen a la decisión, por lo que no le resultan aplicables las consecuencias de la declaratoria de ineficacia con el consecuente deber de recibir a la demandante como afiliada, lo cual genera impacto excesivo a las finanzas de la entidad. En caso de confirmar la decisión, solicita se ordene a las AFP que dieron lugar a la ineficacia, como responsables del daño, paguen los perjuicios generados a dicha entidad (Audiencia Virtual del 15 de julio de 2021 Hora 1:13:50).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 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 28 años de edad y había cotizado 17.86 semanas¹, para la fecha entrada en

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES de folios 104 a 107 y en el expediente administrativo a CD 2.

vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 meses y 5 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver folios 21 y 40, y expediente administrativo en CD 2).

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

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

² *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”.*

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema 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 si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraban 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 COLPATRIA S.A., hoy 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 el traslado se efectuó cuando un asesor de COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., visitó su lugar de trabajo y en una reunión grupal explicó que el ISS se iba a acabar, por lo que las pensiones con éste desaparecerían y lo mejor era pasarse a un fondo privado, en el que el proceso para pensionarse sería más rápido y con una pensión digna, los aportes en el ISS se sumarían a sus aportes por medio de un bono pensional, tendría más garantías para sus hijos en caso de fallecimiento y sus aportes estarían mejor respaldados, no se le indicó que podría volver al ISS. En cuanto a los requisitos para obtener la pensión en cada régimen, únicamente contestó el conocimiento que tenía en la actualidad y no al momento del traslado. El posterior traslado se dio ya que le ofrecieron mayor rentabilidad, previo a lo cual no tenía conocimiento de dicho concepto (Audiencia Virtual del 29 de junio de 2021 Min. 20:20). En ninguno de los traslados efectuados recibió información completa y oportuna, respecto a las

condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia.

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”.*

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

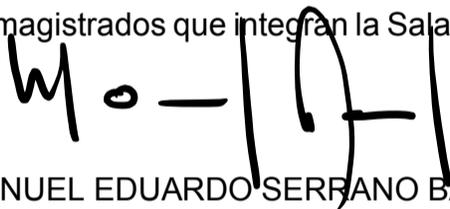
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 24 2019 00511 01

Jeannette García Portilla Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otras

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 TERESA ABELLA PALACIOS CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta (30) días de septiembre 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 el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 25 de marzo de 2021 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar en favor del demandante las mesadas causadas entre el 1° de agosto de 2015 y el 31 de diciembre de 2019 de una pensión de vejez reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, junto con los intereses moratorios que se generen.

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, TERESA ABELLA PALACIOS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se le reconozca pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2015, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición, 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 es beneficiaria del régimen de transición por tiempos de servicio y por edad pues cumplió los requisitos de acceso a la pensión antes del 31 de diciembre de 2014, dejó de efectuar aportes en agosto de 2015, y en mayo de 2018 fue trasladada del RAIS al RPM en virtud de la sentencia SU 062 de 2010. No obstante, y pese a que elevó solicitud el 9 de junio de 2018 reclamado el reconocimiento de la prestación económica, no se ha dado trámite al traslado de las semanas que cotizó en el fondo privado PORVENIR (ver demanda en las páginas 4 a 12 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas afirmando que la entidad desconoce la totalidad de los aportes efectuados por la demandante al Sistema, pues la AFP PORVENIR no ha efectuado la devolución de los ciclos comprendidos entre enero del año 1995 y abril del año 2000, y entre noviembre de 2002 y marzo del año 2003, por lo cual la historia laboral de la actora aún no está actualizada y ello no le permite estudiar ni reconocer la pensión de vejez que reclama. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en las páginas 62 a 65 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia de 25 de marzo de 2021, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar en favor de la demandante las mesadas causadas

entre el 1° de agosto de 2015 y el 31 de diciembre de 2019 de la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, junto con los intereses moratorios que se generen.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que la señora TERESA PALACIOS tiene derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2015 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo pensional generado por la pensión de vejez a favor de la demandante a partir del día siguiente de retiro con el ultimo empleador, es decir desde el 1° de agosto de 2015 y hasta el 31 de diciembre de 2019, día anterior al reconocimiento de la pensión de vejez efectuada por COLPENSIONES, teniendo como retroactivo pensional la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRESPESOS (\$293.976.373) autorizándose a COLPENSIONES a realizar el descuento por salud, equivalente al 12.5 % por la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CUARENTA Y SIETE (\$36.747.047) arrojando un valor de retroactivo a para a favor de la demandante de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTISÉIS (\$257.229.326) conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios que trata el artículo 141 de la ley 100 del 1993 generados a partir del 9 de octubre del 2018 y hasta el momento en que se efectúe el correspondiente pago del retroactivo. CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada COLPENSIONES. Fijándose como agencias en derecho la suma de OCHOMILLONES DE PESOS (\$8.000.000)”* (audiencia virtual No. 1, minuto 15:35).

Para tomar su decisión y dado que en el transcurso del proceso COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2020, la Juez de primera instancia concluyó que la actualización

extemporánea de la historia laboral de la actora no es excusa para reconocer la prestación de forma tardía, y dado que el empleador INGENIEROS CONSULTORES CIVILES registró novedad de retiro en el ciclo de cotización de julio de 2015, consideró procedente el reconocimiento del retroactivo causado entre el 1° de agosto de 2015 y el 31 de diciembre de 2019, el cual asciende a \$293.976.373.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia de primera instancia, o de forma subsidiaria, que se revoque la condena a pagar intereses moratorios. Afirma que si bien la entidad reconoció el derecho pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, no tenía la información necesaria para actualizar la historia laboral de la demandante dado que la AFP PORVENIR no ha realizado la entrega de la información requerida de los ciclos de cotización comprendidos entre enero de 1995 y abril de 2000 y entre noviembre de 2002 y marzo de 2003 ni el traslado de los recursos, en virtud del traslado de la demandante a COLPENSIONES en los términos de la sentencia de la Corte Constitucional SU 062. Advirtió que no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios si se tiene en cuenta que viene pagando de forma oportuna la mesada pensional a favor de la actora (audiencia virtual No 1, minuto 17:13)¹.

¹ *“Su señoría, por parte de COLPENSIONES me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión tomada por su Despacho, para que el honorable Tribunal revoque la misma en su totalidad, de acuerdo a los siguientes argumentos que me permito indicar. De acuerdo a la prestación solicitada por la parte actora, esto es en cuanto al reconocimiento pensional tal y como se evidencia dentro del libelo demandatorio y como le indicó la parte actora, si bien el inicio mi representada no había reconocido la pensión de vejez, posteriormente la reconoció bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 y dándole aplicación asimismo con el decreto 758 de la misma anualidad. Debe entenderse que a la, a la demandante se le indicó abro "en cuanto a la solicitud de la dirección de ingresos por aportes que consultó la base de datos de la entidad, analizó su caso y que se evidencia una afiliación previa a la administradora de fondos de pensiones AFP PORVENIR y así las cosas la menciona AFP realizó la entrega del archivo plano pvc-p gtr 2018 0 601. 01 en la cual no se vincula la evolución de aportes de los ciclos 1995 - 01 a 2000- 04, 2002-11, 2003- 03 pagados en el régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, es necesario realizar la actualización del archivo para efectuar el cargo de las bases de*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que la demandante se trasladó del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RDPM el 1° de mayo de 2018, en aplicación de la

datos de COLPENSIONES, la anterior con la finalidad de que dicha información sea o vea en su historial laboral debidamente actualizada, es importante resaltar que responsabilidad de cada fondo remitir el momento del traslado la información necesaria para actualizar la historia laboral de los cotizantes que fueron sus afiliados, de acuerdo a lo anterior, en este momento COLPENSIONES no cuenta con la información necesaria para realizar la actualización de su historia laboral, toda vez que la AFP PORVENIR no ha realizado la entrega de la información requerida al respecto resulta fundamental solicitar a la AFP PORVENIR que remita a COLPENSIONES el soporte del traslado de los recursos y los archivos con información necesaria para actualizar la historia laboral, solicitud realizada mediante procedimiento interno establecido entre las administradoras de fondos de pensiones mantis número 00 27398, mientras la menciona AFP no realice dicha entrega de forma correcta, sin errores de información, COLPENSIONES no estará en capacidad de actualizar la información" y tal y como lo indicó la Juez no es considerable o no es de recibo de que COLPENSIONES pueda. cómo verificar esos tiempos cuando no se encuentran dentro de su administración y tal y como indica dentro de este párrafo que me permití leer, no se le está endilgado de que la demandante sea quien tenga la responsabilidad sino la administradora y asimismo cómo se evidencia, pues hasta el año 2018 se trasladó la demandante de conformidad con la, con la SU 062 a COLPENSIONES, es decir que mi representada pues no estaba vulnerando derecho alguno a la demandante, toda vez que la misma mediante la mantis número 00 27398 estaba solicitando ese reconocimiento dentro de la historia laboral que tenía la demandante en la AFP PORVENIR para así proceder a realizar la, la pensión de vejez o otorgarle la pensión de vejez a la demandante, tal y como se especifica dentro del reconocimiento realizado por parte de esta administradora. Ahora con respecto a los intereses moratorios que alega la parte actora, si bien dentro del artículo 141 específica abro "a partir del primero de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, de qué trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado además de las obligaciones a su cargo y sobre el importe de ellas, la tasa, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago", es decir, que de acuerdo a la lectura anterior del artículo que mencione, se puede establecer que para que proceda esos pagos de intereses moratorios allí consagrados, es menester que ocurran dos requisitos a saber, el primero que existe una pensión, una pensión legalmente reconocida pues que ya se desprende de que si se reconoció y que la administradora encargado efectuar el pago haya incurrido en mora en el pago de las mesadas pensionales, situación que no se presenta dentro del caso bajo estudio esto teniendo en cuenta que a la demandante, si bien cuando se le reconoció a la pensión de vejez mediante la resolución que reposa dentro del plenario, pues a la demandante si se le ha venido consignado oportunamente dichas mesadas pensional, por lo cual, tampoco sería o no prosperaría el artículo 141 sobre los intereses moratorios, pueden, reiteró la solicitud al honorable Tribunal de la sala laboral, revoque la decisión emitida por el a quo y en consecuencia absuelva a mi representada de cada una de las condenas impuestas dentro de la misma, muchísimas gracias".

sentencia de la Corte Constitucional SU-062 de 2010 (ver certificación aportada por la parte demandante al proceso – página 29 del expediente digital).

Tampoco fue objeto de controversia el derecho pensional que reconoció COLPENSIONES a favor de la demandante durante el trámite de este proceso mediante la Resolución DPE 14564 de 12 de diciembre de 2019 en la cual dispuso el pago de pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2020, en cuantía inicial de \$5.605.484, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición (ver páginas 121 a 130 del expediente digital); en dicha Resolución la entidad reconoció que la demandante adquirió el status pensional el 14 de julio de 2010.

Así las cosas, el Tribunal debe definir si procede el pago de las mesadas causadas entre el 1° de agosto de 2015 y el 31 de diciembre de 2019, y de ser el caso, si sobre las mesadas adeudadas procede el pago de intereses moratorios.

(i) Para resolver lo primero 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 el acceso 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 tácita cuando el afiliado que cumple los requisitos legales para acceder a la pensión deja de efectuar aportes al Sistema, o cuando ha elevado reclamación de la pensión con los requisitos

cumplidos, pues de ambas situaciones se puede entender que renunció al derecho que protege la norma consistente –se repite- en obtener aumentos en su pensión por cotizaciones adicionales a las mínimas.

Con esta premisa normativa y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión dictada en primera instancia en cuanto dispuso el pago de la prestación a partir del 1° de agosto de 2015, pues la administradora reconoció que la demandante adquirió el status pensional el 14 de julio de 2010, momento en el cual había cumplido 55 años de edad y había cotizado 1000 semanas en toda la vida laboral (como dispone el Acuerdo 049 de 1990)², y la demandante dejó de efectuar aportes en julio de 2015, cuando el empleador INGENIEROS CONSULTORES CIVILES realizó el pago del ciclo de cotización correspondiente y reportó expresamente la novedad de retiro (ver página 102), hecho del cual resulta clara su renuncia al derecho a efectuar cotizaciones adicionales para mejorar el valor de su mesada al margen de que se estuviera tramitando su traslado de régimen pensional desde el RAIS (administrado por PORVENIR S.A.) al RPM (administrado por COLPENSIONES).

(ii) Igualmente se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el pago de intereses de mora a partir del 9 de octubre del 2018, cuando se solicitó a COLPENSIONES el pago de la prestación desde la fecha referida. Para el efecto 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 y la Corte Constitucional en la sentencia C-601 de 2000 dispuso claramente que esta norma no creó “*privilegios entre quienes han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos*” ni distinguió entre pensionados por lo cual procede el pago de dicho estipendio en pensiones que se hayan reconocido al amparo del acuerdo 049 de 1990.

² Ver cédula de ciudadanía en la página 28, en la que se observa que el demandante nació el 22 de mayo de 1954, ver la historia laboral actualizada en las páginas 96 a 104 y formulario CLEPB No 1 emitido por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO en la página 19.

Sobre la materia 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 para efectos del interés moratorio (ver SL 1681 del 3 de junio de 2020, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Con esta premisa normativa y dado que a la demandante se le adeudan las mesadas causadas entre 1° de agosto de 2015 y el 31 de diciembre de 2019, procede el pago de intereses moratorios sobre cada una de ellas, y éste corre desde el 9 de octubre de 2018 hasta la fecha en que la entidad pague lo adeudado. La primera reclamación pensional se elevó ante COLPENSIONES el 9 de junio 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 pensional³.

Para responder a los argumentos expuestos por la apoderada de COLPENSIONES, se debe advertir que en la historia laboral actualizada de la actora (visible en las páginas 96 a 104) se incorporan todos los ciclos de cotización que reportó la historia laboral emitida por PORVENIR (ver páginas 22 a 27), bajo la observación “*pago recibido del régimen de ahorro individual por traslado*”, hecho del cual se deduce que tenía un pleno conocimiento sobre cuál era la situación de aportes de la demandante.

SIN COSTAS en la consulta.

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,

³ Ver parágrafo 1, artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARGARITA BALLESTEROS MUÑOZ
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 (30) de septiembre 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 el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 3 de agosto de 2021 por la Juez Veintiséis (26) 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.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARGARITA BALLESTEROS MUÑOZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en julio de 1994, así como el traslado horizontal efectuado con posterioridad, con fundamento en que los asesores de HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., la indujeron a error y engaño, viciando su consentimiento por medio de un *acoso sistemático* en que le ofrecían beneficios superiores al RPM, como una mayor pensión y en menos tiempo, sin indicarle las ventajas y desventajas de cada régimen. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene a la AFP el traslado de la totalidad de los valores que hubiera recibido, como cotizaciones, *bonos pensionales* y sumas adicionales, con frutos e intereses y los *rendimientos* que hubieran causado en el RPM (ver demanda de folios 4 a 21).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el traslado efectuado por la demandante se realizó de manera libre y voluntaria conforme a la normatividad vigente para la época, sin manifestar su intención de regresar al RPM antes de estar incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003 y sin que le sea aplicable lo dispuesto en las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Agregó que la causal de nulidad no fue alegada dentro del término señalado en los artículos 151 del CPTSS ni 1750 del C.C., razón por la cual se debe declarar la prescripción. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos* (ver contestación de folios 116 a 124).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el traslado de la demandante se dio de manera libre, voluntaria e informada, pues se brindó la debida asesoría integral y completa relativa a las características, ventajas y desventajas de cada

régimen, conforme a lo cual firmó el formulario de afiliación, sin que hubiera presentado inconformidad por más de 19 años ni hubiera hecho uso del derecho de retracto que le asistía. Agregó que no es procedente el traslado, pues se encuentra incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Además, no puede predicarse engaño al no cumplirse sus expectativas pensionales, pues cada régimen tiene características y ventajas propias, resaltando que conforme al artículo 1509 del C.C. el error de derecho predicable al caso, no vicia el consentimiento. Así mismo, no es dable ordenar la devolución de la comisión por manejo de aportes, como quiera que se descontaron por disposición legal y cumplieron su finalidad de generar rendimientos. Por último, refiere que la causal de nulidad no fue alegada dentro del término señalado en los artículos 151 del CPTSS ni 1750 del C.C., razón por la cual se debe declarar la prescripción. Propuso como excepciones de fondo: *falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos* (ver contestación de folios 152 a 165).

A su vez, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que el traslado de la demandante a dicha entidad se efectuó de manera libre de presiones o engaños, como se evidencia con la suscripción del formato de afiliación con COLPATRIA S.A., documento que se presume auténtico conforme a los artículos 243 y 244 del CGP y 54-A del CPTSS y, en todo caso, la accionante se encuentra incurso en la restricción contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que la parte actora no acredita vicio alguno en el consentimiento y, por el contrario, en el evento de presentarse éstos, quedaron saneados con su permanencia por más de 26 en dicho régimen, conforme a lo cual la acción de nulidad se encuentra prescrita, pues no se ejerció entro del término legal. Así mismo, las condiciones de afiliación,

traslado, cotización y reconocimiento pensional se encuentran establecidas en la Ley, sin que sea dable pactar en contra de esta. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación de folios 212 a 233).

Terminó la primera instancia con sentencia de 3 de agosto de 2021, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) 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 el traslado efectuado por la demandante MARGARITA BALLESTEROS MUÑOS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000)”* (Audiencia Virtual del 3 de agosto de 2021 Min. 54:20).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que

la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, el cual ni siquiera fue allegado al plenario, en tanto únicamente se allegó el historial de afiliaciones. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, PORVENIR S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque la decisión, como quiera que se fundó en que las AFP demandadas no allegaron pruebas de que se hubiera proporcionado información debida al momento de la afiliación, lo cual constituye una carga desproporcionada, pues para la época del traslado únicamente se exigía la suscripción del formulario de afiliación, documento público que se presume auténtico y no fue tachado, teniendo que en interrogatorio de parte se evidenció el conocimiento que tiene la demandante de los regímenes pensionales y se evidenciaron actos de relacionamiento que dan cuenta de su interés en permanecer en el RAIS, como los traslados horizontales y la solicitud de proyección pensional, sin que se evidencie intención de regresar entonces al RPM. Agregó que, en caso de confirmar la decisión, solicita se absuelva de la devolución de los gastos de administración ni el seguro previsional, como lo ha señalado la Superintendencia Financiera, pues estas cumplieron su finalidad con la buena gestión de las AFP y, en consecuencia, ello implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, entidad en la que también se hubieran generado tales descuentos (Audiencia Virtual del 3 de agosto de 2021 Min. 55:12).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 29 años de edad y había cotizado 190,71 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 3 años 8 meses y 15 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver folios 31 a 33 y 95).

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES de folios 6 y 7 y en el expediente administrativo - CD 2.

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,

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 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 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)

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

que 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 COLPATRIA S.A., hoy 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 únicamente indicó que los asesores le dijeron que podría pensionarse a una menor edad, con menos semanas cotizadas y obtendría una prestación superior que en el ISS, entidad que sería liquidada, así como que su dinero estaría más seguro al encontrarse en una cuenta de ahorro individual, situación que se repitió en su posterior traslado a COLFONDOS S.A. (Audiencia Virtual del 3 de agosto de 2021 Min. 13:53). En ninguno de los traslados efectuados recibió una información completa y

oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia.

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”.*

Así mismo, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional 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.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 26 2019 00630 01
Margarita Ballesteros Muñoz Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PABLO EMILIO MORALES
CELEITA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 15 de julio de 2021 por la Juez Veintisiete (27) 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 apoderada, PABLO EMILIO MORALES CELEITA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, sobre la pensión de vejez que reconoció a su favor el ISS, hoy COLPENSIONES, a través de la Resolución No. GNR 32477 de 26 de enero de 2017. Lo anterior, teniendo en cuenta que está casado con AMPARO LUCIA PEÑA RODRÍGUEZ y cumple los requisitos de convivencia y dependencia económica. Pide el reconocimiento de los intereses moratorios

que se generen por la mora en el pago de dichos ajustes (ver demanda en folios 3 a 5, y subsanación en folios 22 a 25 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderado contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones incoadas con fundamento en que los incrementos pensionales reclamados dejaron de existir a partir del 1° de abril de 1994 y no hicieron parte de las prestaciones económicas reconocidas en el régimen pensional de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones las siguientes: *inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de COLPENSIONES, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 41 a 53 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia de 15 de julio de 2021, a través de la cual la Juez Veintisiete (27) 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: *“PRIMERO. NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA incoada por el señor PABLO EMILIO MORALES CELEITA y en consecuencia ABSOLVER de las mismas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR al señor PABLO EMILIO MORALES CELEITA al pago de las costas del proceso en la suma de \$300.000 como agencias en derecho”* (CD 3, audiencia virtual, minuto 22:24).

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, pero en el presente caso la pensión se reconoció a partir del 1° de febrero de 2017 con fundamento en el régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

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 GNR 32477 de 26 de enero de 2017 mediante la cual COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2017, en la suma inicial de \$1.050.713, con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 (ver folios 7 a 12 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

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:

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.

Sobre la materia esa Corporación concluyó en la sentencia 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 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 fue derogado, y solo procederían los incrementos para las pensiones causadas antes del 1° de abril de 1994 al amparo del Acuerdo 049 de 1990, razón por la cual se confirmará la sentencia

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.

de primera instancia que absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas.

Sin COSTAS en la consulta.

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

RESUELVE

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

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE ANA MILENA REYES BETANCOURT Y JOSÉ CRISTO GARZÓN CASTILLO CONTRA CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. Y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. (INTEGRANTES DEL CONSORCIO LUZ), CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UMV, Y CONTRA LA LLAMADA EN GARANTÍA (LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS).

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar 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 para resolver los recursos de apelación presentados por CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UMV, y la llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, así como el recurso al que llamó de “reposición” interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia dictada por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de mayo de 2021, mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre cada uno de los demandantes, ANA MILENA REYES BETANCOURT y JOSÉ CRISTO GARZÓN CASTILLO, y las demandadas CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. Y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO LUZ, entre el 11 de abril de 2011 y el 21 de

¹ Código General del Proceso, parágrafo del artículo 318: “Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente”.

agosto de 2012 y entre el 22 de marzo de 2011 y el 21 de agosto de 2012, respectivamente, y se condenó a dichas demandadas y a la UMV a pagar salarios y prestaciones sociales insolutos debidamente indexados, junto con indemnizaciones moratorias, y a la aseguradora llamada en garantía al pago de las prestaciones sociales objeto de condena en contra de esta última.

Téngase por reasumido el poder por el doctor John Fredy Álvarez Camargo, quien se identifica con T.P. 218.766, apoderado principal de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. Así mismo, téngase a la doctora Luisa Fernanda Daza Manrique, quien se identifica con T.P. 356.563, abogada inscrita a ASTURIAS ABOGADOS S.A.S., para actuar como apoderada sustituta de los demandantes, en los términos y para los fines del memorial de sustitución conferido y del certificado de existencia y representación legal de la referida sociedad.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANA MILENA REYES BETANCOURT y JOSÉ CRISTO GARZÓN CASTILLO presentaron demanda contra CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. (como integrantes del CONSORCIO LUZ), y contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UMV, la cual fue reformada, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo entre esta última y cada uno de los demandantes, entre el 11 de abril de 2011 y el 21 de agosto de 2012, y entre el 22 de marzo de 2011 y el 21 de agosto de 2012, respectivamente, y se condene al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria, y se declaren solidariamente responsables a CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. (como integrantes del CONSORCIO LUZ), por fungir como intermediarias. En subsidio, solicita se declare como empleador al CONSORCIO LUZ (integrado por CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.) y

se declare la responsabilidad solidaria de la UMV, como beneficiario de la actividad laboral desempeñada.

Como fundamento de lo pedido afirman que las sociedades privadas demandadas conformaron el CONSORCIO LUZ con quien la UMV suscribió el contrato de obra No. 113 de 2011 para ejecutar obras de mantenimiento vial en Bogotá D.C. Aducen que fueron contratados por el CONSORCIO LUZ quien *en la práctica* suministró personal para el mantenimiento de la malla vial de la UMV, conforme a lo que laboraron en los referidos interregnos en los cargos de *residente siso* con salario de \$1.352.000 mensuales y *operador de vibrocompactador* con salario de \$759.000 mensuales, en cada caso. Tenían un horario de 7 a.m. a 4 p.m., y recibían llamados de atención tanto de las integrantes del consorcio como de la UMV en caso de incumplimiento del mismo. La infraestructura e instrumentos de trabajo, así como las instrucciones de trabajo, eran proporcionados por el CONSORCIO LUZ y eventualmente por la UMV. No les fueron pagados los salarios del último mes, ni las prestaciones sociales y vacaciones de todo el tiempo laborado y no fueron afiliados al sistema general de seguridad social (ver demanda y su reforma de folios 25 a 39, 42 a 44, 221 a 239 y 816 a 849).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UMV contestó la demanda y su reforma mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones dirigidas contra su representada y se atuvo a lo probado respecto de las dirigidas contra las integrantes del CONSORCIO LUZ, quienes actuaron como directos empleadores de los demandantes como se refiere en los hechos de la demanda. Afirmó que no se evidencia ninguno de los elementos de una relación laboral entre dicha entidad y los demandantes y que no es aplicable la solidaridad, como quiera que el consorcio se obligó a responder por todas las obligaciones laborales de sus empleados y a dejar *indemne* a la UMV frente a todo reclamo al respecto. Pese a que señaló la inexistencia de reclamación administrativa, por falta de poder de quien elevó las solicitudes a nombre de los demandantes, refirió haber dado respuesta a éstas con una consignación

a su favor, encaminada a satisfacer cualquier deuda que pudiera encontrarse a cargo del CONSORCIO LUZ. Propuso como excepciones de fondo *inexistencia de la obligación a cargo de la UAERMV, cobro de lo no debido, pago de la obligación, prescripción y genérica* (ver contestación a la demanda y a la reforma a folios 18 a 132, 290 a 330 y 861 a 873). Solicitó la integración en la parte demandada como llamada en garantía de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (ver llamamiento a folios 198 y 199).

Ante la imposibilidad de notificar a CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. (integrantes del CONSORCIO LUZ), en auto del 30 de octubre de 2015 se ordenó su emplazamiento y se les nombró curador *ad litem* (folio 97), quien pese a haber sido debidamente notificado (folio 105) presentó contestación extemporánea (folios 106 a 114), razón por la cual se tuvo por no contestada la demanda por parte de las referidas sociedades en auto del 3 de noviembre de 2016 (folio 266). Así mismo, al no haberse presentado escrito alguno por parte del curador, se tuvo por no contestada la reforma de la demanda por parte de éstas en auto del 7 de abril de 2017 (folio 331).

LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, mediante apoderado, contestó el llamamiento, la demanda y su reforma. Aceptó algunos hechos, refirió no constarle otros y se opuso a la totalidad de las pretensiones de ambos escritos. Frente a la demanda, afirmó que no se evidencia vínculo contractual entre los demandantes y la UMV, entidad que tampoco es solidaria por las eventuales condenas contra los integrantes del CONSORCIO LUZ, pues no fue beneficiaria ni ejecutante del convenio. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación reclamada, inexistencia de solidaridad entre el Consorcio Luz y la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial -UMV-, prescripción y genérica*. En cuanto al llamamiento, refirió que no hay efectividad de la garantía, en cuanto la entidad asegurada no ha proferido el acto administrativo que declare y cuantifique el incumplimiento y, en todo caso, se debe tener en cuenta el límite del valor asegurado. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción de la acción*

derivada del contrato de seguro; límites máximos de responsabilidad, condiciones del seguro y disponibilidad del valor asegurado; falta de prueba de ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida y genérica (ver contestaciones a folios 271a 287 y 874 a 879).

En audiencia del 15 de agosto de 2017 se declararon no probadas las excepciones previas propuestas por la UMV y la llamada en garantía con fundamento en la falta de reclamación administrativa, decisión que fue confirmada por el Tribunal en audiencia del 11 de diciembre siguiente (CD 2 y 3 y folios 334, 335 y 350).

La excepción previa de pleito pendiente respecto de JOSÉ CRISTO GARZÓN CASTILLO se declaró no probada y se dispuso la acumulación de procesos con el trámite en que éste es demandante adelantado ante del Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá en diligencia del 22 de mayo de 2017 (CD 4 y folios 360 y 361. Decisión esta última que se dejó sin efecto en audiencia del 24 de agosto siguiente (CD 5 y folios 650 y 651). Esta Sala confirmó la decisión que negó la acumulación en auto dictado en audiencia del 3 de octubre de 2018 (CD 6 y folio 659).

El 11 de abril de 2019, en audiencia, se dispuso resolver la excepción previa de prescripción al momento de proferir el fallo, dado su carácter mixto (CD 7 y folios 666 a 669).

El agente interventor (liquidador) de la sociedad ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. – EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, presentó escrito de nulidad por indebida notificación del 26 de junio de 2019 (folios 684 a 687). El apoderado de la parte actora presentó oposición (folio 296) y posterior escrito de desistimiento frente a dicha demandada, coadyuvado por la misma (folio 697), y procedió a dar cumplimiento al emplazamiento con la publicación efectuada el 21 de julio de 2019 (folios 698 y 699). En audiencia del 30 de julio de 2019 la Juez *a quo* aceptó el desistimiento frente a la referida entidad y se relevó del estudio de la nulidad, decisión que fue objeto de recurso por la UMV y la

llamada en garantía, por lo que fue repuesta negando el desistimiento por considerar a la referida entidad *litisconsorte necesario* y dispuso continuar el trámite en su contra. Frente a tal decisión, la parte actora, coadyuvada por ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. – EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, presentó recursos de reposición y apelación, el primero de los cuales fue negado y se concedió el segundo. Habida cuenta de ello, se encontró causada la nulidad propuesta exclusivamente respecto de la actuación surtida frente a la referida sociedad, se tuvo por notificada por conducta concluyente a partir de la fecha de la diligencia y se concedió el término legal para presentar contestación (CD 8 y folios 702 y 703). En escrito del 5 de agosto siguiente el apoderado de la parte actora desistió del recurso interpuesto frente a la decisión que negó el desistimiento (folio 704).

En consecuencia, la sociedad ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. – EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL contestó la demanda y su reforma mediante apoderada, quien aceptó unos hechos, dijo no constarle otros y se opuso a todas las pretensiones afirmando que las presuntas obligaciones reclamadas se encuentran prescritas, pues el término señalado en el artículo 488 del CST no fue interrumpido con la presentación de la demanda, en atención a que la misma no fue debidamente notificada dentro el año siguiente a su presentación, como lo establece el artículo 94 del CGP. Agregó que en virtud de la Ley 1116 de 2006, el escenario para el reconocimiento de las acreencias de los demandantes era el proceso concursal, lo cual no ocurrió, por no haberse presentado a reclamar dentro del término allí establecido. Propuso como excepciones de fondo *prescripción de los derechos laborales, improcedencia de iniciar un proceso judicial, inexistencia de la obligación e imposibilidad de exigir obligaciones cuando no se hizo parte dentro del trámite previsto en la Ley “116 (sic)” de 2006* (ver contestaciones a folios 773 a 778 y 881 a 883).

Terminó la primera instancia con la sentencia apelada que dictó la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de mayo de 2021, en la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre cada uno de los

demandantes, ANA MILENA REYES BETANCOURT y JOSÉ CRISTO GARZÓN CASTILLO, y las demandadas CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. Y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO LUZ, entre el 11 de abril de 2011 y el 21 de agosto de 2012 y entre el 22 de marzo de 2011 y el 21 de agosto de 2012, respectivamente, y se condenó a dichas demandadas y a la UMV a pagar salarios y prestaciones sociales insolutos debidamente indexados, junto con indemnizaciones moratorias, y a la aseguradora llamada en garantía al pago de las prestaciones sociales objeto de condena en contra de esta última. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que existió una relación laboral entre la demandada ASFALTOS LA HERRERA S.A.S y CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., sociedades que conformaron el CONSORCIO LUZ, y la señora ANA MILENA REYES BETANCOURT con extremos temporales del 11 de abril de 2011 al 21 de agosto de 2012 con un salario de \$1.352.000. SEGUNDO: DECLARAR que existió una relación laboral entre la demandada ASFALTOS LA HERRERA S.A.S y CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., sociedades que conformaron el CONSORCIO LUZ, y el señor JOSÉ CRISTO GARZÓN CASTILLO devengando un salario de \$759.000 desde el 22 de marzo 2011 al 21 de agosto 2012. TERCERO DECLARAR que a la terminación de los contratos laborales inscritos entre los demandantes ANA MILENA REYES BETANCOURT y JOSÉ CRISTO GARZÓN CASTILLO con ASFALTOS LA HERRERA S.A.S y CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., sociedades que conformaron el CONSORCIO LUZ, no les fueron canceladas las acreencias laborales solicitadas en el libelo demandatorio. CUARTO CONDENAR a las demandas ASFALTOS LA HERRERA S.A.S y CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., sociedades que conformaron el CONSORCIO LUZ, y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV, a pagar a la señora ANA MILENA REYES BETANCOURT por concepto de prestaciones sociales y salario (sic) la suma de \$3.314.278, suma que deberá ser indexada al momento de su pago, según lo certificado por el DANE. QUINTO: CONDENAR a las demandadas ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., sociedades que conformaron el CONSORCIO LUZ, y*

solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV, a pagar al señor JOSÉ CRISTO GARZÓN CASTILLO por concepto de saldo de prestaciones sociales la suma de \$2.485.275, suma que deberá ser indexada al momento de su pago, según IBC certificado por el DANE. SEXTO CONDENAR a las demandadas CONSORCIO LUZ, conformado por ASFALTOS LA HERRERA S.A.S y CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV, a pagar a la señora ANA MILENA REYES BETANCOURT por concepto de indemnización moratoria la suma de \$11.762.386. SÉPTIMO: CONDENAR a las demandadas CONSORCIO LUZ, conformado por ASFALTOS LA HERRERA S.A.S y CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UAERMV, a pagar al señor JOSÉ CRISTO GARZÓN CASTILLO por concepto de indemnización moratoria la suma de \$6.603.000 (sic). OCTAVO: CONDENAR a llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a cancelar las sumas objeto de condena impuestos a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UAERMV, respecto de las prestaciones sociales, según la cobertura de las pólizas número 3000996 y 10093216. NOVENO: CONDENAR en costas a las demandadas fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. DÉCIMO: De no ser apelada la presente sentencia por parte de la Unidad, enviarla en consulta ante el Tribunal Superior de Bogotá” (CD 12 Min. 28:04).

Para tomar la decisión la Juez de instancia encontró probada las relaciones laborales de los demandantes directamente con el CONSORCIO LUZ (integrado por CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.), pues pese a haber referido recibir órdenes de personas de la UMV, no demostró la vinculación de estos con la referida entidad. Ordenó el pago de las acreencias solicitadas, sin descontar valor alguno de lo consignado por la UMV, en tanto dicho valor fue tenido en cuenta por el Juzgado 30 Laboral del Circuito en su decisión. Condenó al pago de sanción moratoria desde la

finalización de los vínculos y hasta la fecha en que liquidó el contrato suscrito entre la UMV y el CONSORCIO LUZ, el 20 de agosto de 2014. Declaró a la UMV como solidariamente responsable en el pago de tales acreencias porque se demostró que las obras contratadas no eran extrañas a las actividades normales que ésta desarrolla. Teniendo en cuenta las pólizas suscritas para cubrir incumplimientos a favor de la UMV, condenó a la llamada en garantía solidariamente al pago de salarios y prestaciones, no así de las indemnizaciones por no estar contempladas en el clausulado, y negó la excepción de prescripción alegada por ésta, al considerar que el siniestro plasmado en la póliza sólo existe al momento en que se profiere la sentencia y no antes.

El apoderado de la parte actora presentó solicitud para que se aclarara la providencia, en el sentido de que el verdadero empleador fue el CONSORCIO LUZ y no de manera independiente sus integrantes (CD 12 Min. 31:47), la cual fue negada por la Juez de primera instancia, en tanto consideró que así quedó estipulado en la decisión proferida (CD 12 Min. 33:08).

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión propusieron apelación: ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. – EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UMV, y la llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. La parte demandante presentó recurso de “*reposición*”².

En el recurso, el apoderado de los demandantes reclama que la sanción moratoria es inferior a la que correspondería, teniendo en cuenta el término de 24 meses a partir de la fecha en que se hizo exigible (CD 12 Min. 32:27)³.

² Código General del Proceso, parágrafo del artículo 318: “*Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente*”.

³ “(...). Y seguidamente, interponer recurso de reposición, por los valores indicador por el concepto de indemnización moratoria, puesto que teniendo en cuenta la fecha de salida,

En el recurso de la UMV, su apoderado aduce que la solidaridad debe tenerse en cuenta respecto de los integrantes del consorcio solamente, conforme lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993 y el artículo 36 del CST. Considera que la entidad siempre actuó de buena fe, máxime cuando procuró minimizar los daños generados por el consorcio, situación que se debió tener en cuenta a la hora de disponer su responsabilidad solidaria. Resaltó que en efecto se probó que la relación laboral existió directamente con los integrantes del consorcio y no con su representada (CD 12 Min. 33:27)⁴.

cuando se hace exigible la indemnización moratoria, los 24 meses que, a los que hace referencia el artículo 65 del CST, los valores son inferiores a los que realmente constituyen cada uno de los valores que le (sic) corresponden a los demandantes, a mis poderdantes. Muchas gracias, señoría”.

⁴ *“Muchas gracias su señoría de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación a la decisión adoptada con base en los siguientes términos: su señoría, en primer lugar hay que tener en cuenta que la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial celebró el contrato con la entidad o con el Consorcio Luz con base en los argumentos y acuerdo ordenado en la Ley 80 de 1993, por lo tanto, su señoría, dentro de esa misma normatividad se establece que la responsabilidad solidaria se debe aplicar es respecto de las empresas que conformaron el consorcio, esto al tenor de lo dispuesto en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, el que establece que son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, las sociedades de personas y sus miembros y estos entre sí, en relación con el objeto social y, de igual forma, la Ley 80 artículo 7º establece que los consorcios que se llegarán a conformar, estos son quienes deberían igualmente responder de manera solidaria, es decir, que al haberse suscrito el consorcio, tenían que responder y no debían apartarse de las obligaciones que contrajeron con la entidad UMV, entonces considero yo, su señoría, que la responsabilidad solidaria debe estar enfocada directamente hacia los integrantes del Consorcio Luz, conforme igual lo establece la Ley 80 de 1993. Respecto de la buena fe, pues si bien es cierto se condena de manera solidaria a la Unidad, pues tampoco se hace alusión a que la entidad actuó de manera y con actos meramente positivos esto por salvaguardar los derechos laborales de los trabajadores, pues téngase en cuenta pues, de que esa buena fe también hace parte para que sea tenido en cuenta independientemente, pues de que haya sido de manera, de manera solidaria y con base en el principio de la buena fe , tal como bien lo manifestó su señoría, igualmente la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en estos aspectos y pues, teniendo en cuenta que esta entidad adoptó todas las medidas tendientes a menoscabar ese incumplimiento precisamente que desarrolló el Consorcio Luz respecto de sus obligaciones laborales, entonces no se establece pues, su señoría, que con todo respecto, que, que tenga que fijar una indemnización moratoria con base en el argumento... sin que se hubiera estipulado, sin que hubiera hecho alusión a la buena fe presentada y los actos positivos que presentó la entidad. Por lo demás, su señoría, pues ya quedo demostrado, como usted bien lo manifestó, no hubo una relación directa pues que permitiera determinar que el verdadero empleador fue la entidad de mantenimiento vial, pero sí considero que no se tuvo en cuenta estos factores de buena fe para haber condenado en solidaridad a la Unidad y que, en su defecto, debió haberse condenado solidariamente a las empresas que conformaron el Consorcio Luz. Muchas gracias, su señoría”.*

El apoderado de ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. – EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, aduce en su recurso, que se debió declarar probada la excepción de prescripción frente a su representada, pues, en atención a la nulidad por indebida notificación declarada y conforme a la cual se tuvo a dicha sociedad por notificada por conducta concluyente el 30 de julio de 2019, la notificación del auto admisorio de la demanda no se realizó dentro del año siguiente a la admisión de la demanda, por lo que no se interrumpió el término prescriptivo señalado en el artículo 94 del CGP (CD 12 Min. 37:28)⁵.

En el recurso, la apoderada de la llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, indica que debió declararse probada la excepción de prescripción a su favor, en cuanto, contrario a lo señalado en la sentencia, no es la condena judicial sino el conocimiento del asegurado, el que determina que empiece a correr el término de prescripción ordinaria de 2 años, señalado en el clausulado de la póliza suscrita, lo cual ocurrió con la presentación de la reclamación administrativa ante la UMV el 15 de enero de 2014, por lo que al haber sido notificada su representada del llamamiento en garantía el 16 de noviembre de 2016, se encontraba superado el referido término prescriptivo y, en consecuencia, no había lugar a condena alguna en su contra (CD 12 Min. 39:14)⁶.

⁵ “Gracias, su señoría. De la manera más respetuosa me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos: el despacho emite una condena en contra de mi representada Asfaltos La Herrera sin embargo no se realiza una valoración de la excepción de prescripción de cara a la nulidad propuesta y aceptada por el despacho el día 30 de abril del año 2019. En estos términos y ante una ausencia de una debida notificación por parte de los demandantes frente a mi representada y que mi representada entra al proceso de manera tardía y voluntaria al enterarse de la existencia del mismo y es notificada por conducta concluyente casi 5 años después de admitida la demanda, no opera la interrupción del artículo 94 del CGP y, por lo tanto, frente a mi representada los derechos laborales de los aquí demandantes se encontrarían prescritos. Por lo tanto, en esos términos, interpongo recurso de apelación para que el honorable Tribunal realice y considere bajo sus competencias en la excepción propuesta por mi representada. Muchas gracias, su señoría”.

⁶ “Gracias. Dentro la oportunidad procesal pertinentemente, me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión proferida en audiencia por el Juzgado 29 Laboral del Circuito Bogotá exponiendo lo siguiente, en los siguientes términos los motivos de inconformidad: recibe el juzgado que en cuanto al contrato de seguro plasmado la póliza 3000996 que la misma... opera en el presente caso dado que se contrataron los amparos de salarios, pago de salarios y, también lo menciona el Juzgado que, contrario a lo que se manifestó en los alegatos de conclusión, no opera la prescripción, toda vez que toma como siniestro el juzgado la condena que se le impuso al asegurado, la UMV. En ese sentido me permito manifestar que la manifestación que hizo el juzgado no guarda relación alguna con el contrato de seguro, toda vez que, de acuerdo con el clausulado propio...cd... folio 288 del expediente físico. (- Doctora

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que proferirá la Sala: (i) que ASFALTOS LA HERRERA S.A.S y CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. conformaron el CONSORCIO LUZ y (ii) que ésta suscribió contrato No. 113 del 10 de marzo de 2011 con la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UMV, entidad descentralizada del orden distrital, adscrita a la Secretaría de Movilidad de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Así mismo, tampoco se controvertieron los siguientes hechos objeto de pronunciamiento

no se escucha muy bien, por favor adecue el sonido. - Bueno repito todo de nuevo). Dentro la oportunidad procesal pertinentemente, me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, exponiendo en los siguientes términos los motivos de inconformidad: refiere el juzgado en su decisión en cuanto al contrato de seguro plasmado en la póliza 3000996, que el mismo se encuentra aplicable al presente asunto dado que se encuentran contratados los amparos de pago de prestaciones sociales y emolumentos, y dado que considera el juzgado no se configuró la prescripción derivada del contrato de seguro que fuera expuesta como unas excepciones al llamamiento en garantía, a lo cual esta apoderada no lo encuentra, encuentra que la manifestación hecha por el juzgado no guarda relación alguna con el contrato de seguro, toda vez que de acuerdo al clausulado propio de la póliza visible en el CD a folio 288 del expediente físico y en el archivo digital denominado CD del expediente en la carpeta folio 288, en su condición vigésima del clausulado, perdón, se estipula que las acciones derivadas de ese contrato de seguro se sujetan a los términos de prescripción ha dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio y demás normas que lo adicionen o modifiquen, este artículo 1081 dice de manera literal: “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrán ser ordinaria o extraordinaria, la prescripción ordinaria será de dos años y empezar a correr después del momento, desde el momento en que el interesado haya tenido o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción, la prescripción extraordinaria será de 5 años y correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho”, de acuerdo a ese artículo, el siniestro como tal no ocurre al momento de que se condene al asegurado a responder de manera solidaria por el incumplimiento de la sociedad tomadora del contrato o afianzada, que en este caso fue el Consorcio Luz; por el contrario, el siniestro se da al momento en que el consorcio incumplió sus obligaciones de pago a sus empleados que fue hacia el año, permítame un momento, hacia el año 2014, hecho del cual tuvo conocimiento la unidad cuando los demandantes presentaron reclamación, el 15 de enero del 2014, a partir de ese momento en el que se le informa al asegurado si hay un incumplimiento por parte del contratista, comienza a operar el término de la prescripción ordinaria de dos años, en este caso tenían hasta el 15 de enero del 2016 para notificarle a la aseguradora y hacer exigible el amparo contratado; sin embargo, a la aseguradora se le informa el incumplimiento del contratista tan sólo hasta la notificación del presente proceso, el 16 de noviembre del 2016, esto es 2 años después de que el asegurado tuvo conocimiento del incumplimiento, en ese sentido, contrario a lo que supuso el juzgado, la prescripción de las acciones derivadas de las acciones del contrato se configura, por lo que solicito sea evaluado nuevamente esta sección por parte del Tribunal y se absuelva a mi representada de devolver dineros a la UMV, pues no le asistía al derecho para reclamar a la aseguradora por fuera del tiempo, muchas gracias”.

en la sentencia de primera instancia y que no fueron apelados: (i) que el empleador directo de los demandantes ANA MILENA REYES BETANCOURT y JOSÉ CRISTO GARZÓN CASTILLO, fue el CONSORCIO LUZ, integrado por las demandadas CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. Y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., (ii) que los vínculos laborales se extendieron del 11 de abril de 2011 al 21 de agosto de 2012 y del 22 de marzo de 2011 al 21 de agosto de 2012, respectivamente, (iii) que los salarios mensuales devengados correspondieron a \$1.352.000 y \$769.000, respectivamente, y (iv) que no se acreditó que la UMV hubiera sido empleadora directa de los accionantes.

Conforme lo establece el artículo 66-A del CPTSS, el Tribunal debe definir: (i) si operó o no la prescripción de la acción para reclamar las acreencias laborales a cargo de ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. – EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL; (ii) si procede el pago de sanción moratoria a razón de un salario diario hasta por 24 meses desde que se hicieron exigibles las acreencias reclamadas; (iii) si existió o no solidaridad de la UMV sobre las condenas impuestas en primera instancia, teniendo en cuenta la buena fe; y (iv) si operó o no la prescripción respecto de la llamada en garantía.

(i) De conformidad con los extremos temporales de las relaciones laborales referidas, se tiene que la prescripción de la acción judicial comenzó a correr desde la fecha de terminación de los contratos, esto es, desde el 21 de agosto de 2012, en ambos casos.

Habida cuenta de ello, se tiene que los demandantes elevaron la presente acción el 8 de agosto de 2014 (folio 40), y el auto que la admitió fue notificado en estado publicado el 6 de octubre siguiente (folio 45), con lo cual –en principio- se interrumpió el término prescriptivo de tres años; no obstante, desde la fecha de notificación de la referida providencia al extremo demandante, hasta el momento en que fue debidamente notificada la sociedad ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL (lo que ocurrió en audiencia del 30 de julio de 2019 - CD 8 y folios 702 y 703) transcurrió más de un año.

En consecuencia, y en atención a lo dispuesto en el artículo 94 del CGP⁷, aplicable en el presente asunto por remisión expresa el artículo 145 del CPTSS, la presentación de la demanda no pudo interrumpir el término de prescripción trienal establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, el cual siguió corriendo y operó con todas sus consecuencias, pues desde la fecha de la terminación de los vínculos (21 de agosto de 2012) hasta la fecha en que se notificó efectivamente el auto admisorio de la demanda a la última de las convocadas (30 de julio de 2019), transcurrieron más de 6 años y 11 meses, sin que se evidencie en el presente asunto causal de justificación alguna por *“negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado”*⁸, en tanto se trata de una mora excesiva cuyo único responsable es el extremo accionante.

Al respecto, nótese, tal como lo señaló la juez de primera instancia en el auto proferido en audiencia del 30 de julio de 2019 mediante el cual declaró la nulidad por indebida notificación y dispuso tener por notificada por conducta concluyente de la demandada ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. – EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL (CD 8 y folios 702 y 703), que el aviso fue remitido a una dirección de notificación distinta a la que para esa fecha (18 de agosto de

⁷ *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. (...)*

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos”.

⁸ Ver Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL8716-2014 *“Frente a dicho tema, esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que «...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...». “Precisamente, en este mismo sentido, expresó la Corte, Sala de Casación Civil, que la sola interposición de la demanda no interrumpe la prescripción salvo que el retardo en notificar a éste (el demandado) no se deba a culpa del demandante (...) sino al demandado, por haber eludido esta, o al personal del Juzgado encargo (sic) de hacerla, casos en los cuales la interrupción se entiende consumada con la presentación de la demanda”.*

2015 – folios 76 a 96) correspondía a la de notificación judicial de la referida sociedad (folios 688 a 693), situación que podría haber sido fácilmente advertida por el extremo actor aportando un certificado de existencia y representación legal reciente en lugar del que se había expedido el 9 de diciembre de 2013 (folios 10 a 12). Así mismo, se resalta que para la fecha en que la pluricitada demandada se presentó a juicio (26 de junio de 2019 – folios 684 a 687) la parte actora ni siquiera había efectuado la publicación del edicto emplazatorio, lo cual sólo ocurrió el 21 de agosto de 2019 (folio 699).

Ahora, en respuesta a las alegaciones de conclusión del extremo demandante, que afirma que en el presente asunto no se presenta un litisconsorcio *necesario* sino facultativo entre los integrantes del CONSORCIO LUZ (correo electrónico – 24 de junio de 2021), se debe advertir que si bien reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, ha admitido la vinculación de consorcios y uniones temporales en calidad de demandantes o demandados con plenas facultades de parte⁹, al dirigirse la acción únicamente en contra de sus integrantes (como ocurrió en este proceso, ver demanda y su reforma de folios 25 a 39, 42 a 44, 221 a 239 y 816 a 849), su vinculación corresponderá a la de *litisconsortes necesarios por pasiva*, sin perjuicio de su “*responsabilidad solidaria*”¹⁰, tal como lo estableció la juez de primera instancia en auto del 30 de julio de 2019 (CD 8 y folios 702 y 703), decisión que -de todas formas- quedó en firme dado que el extremo demandante presentó desistimiento del recurso que había interpuesto (folio 704).

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia SL676-2021 Rad. 57957 del 10 de febrero de 2021, M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ: “(...), la Sala precisa su criterio en el sentido que los consorcios y uniones temporales tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso a través de su representante legal y sin que deba constituirse un litisconsorcio necesario con cada uno de sus integrantes, los cuales pueden responder solidariamente.

A juicio de la Sala, este criterio promueve la protección de los trabajadores, reconoce el valor constitucional y supralegal que tiene el trabajo en el orden jurídico (preámbulo y artículos 1.º, 2.º y 25 *ibidem*), su indiscutible importancia que tiene en el proceso de producción, formación y transformación de la riqueza de las naciones, así como su función esencial en la conservación de la sociedad”

¹⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia Rad. 35043 del 24 de noviembre de 2009, M.P. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS.

Por todo lo dicho, se revocará la decisión apelada y se absolverá a las demandadas de las condenas impuestas, por prescripción de la acción, advirtiendo que frente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REAHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UMV la sentencia apelada únicamente dictó condenas en solidaridad y no como responsable directo de las obligaciones. Así las cosas, prescrita acción para el reclamo al principal obligado nada se puede exigir del solidario. En idéntico sentido, tampoco habría lugar a proferir condena alguna en contra de la llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, pues su eventual responsabilidad se deriva de las pólizas que cubrían el pago de salarios y prestaciones que se generaran a cargo de la UMV.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia apelada.
2. **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, por PRESCRIPCIÓN de la acción.
3. **SIN CONDENA EN COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

ACLARACION DE VOTO

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA CLAUDIA MANTILLA GARCÍA
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 (30) de septiembre 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 el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 30 de junio de 2021 por la Juez Segunda (2ª) Transitoria 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 las doctoras María Camila Bedoya García y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quienes se identifican con T.P. 288.820 y 221.228, 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, MARÍA CLAUDIA MANTILLA GARCÍA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en enero de 1997, con fundamento en que no estuvo precedido por el suministro de una información adecuada y completa por parte la AFP PORVENIR S.A., y posteriormente por la AFP SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., pues no le proporcionaron información suficiente, clara y concisa, sino que le indicaron que tendría una mejor pensión que en el ISS, pero omitieron los requisitos necesarios para ello ni le indicaron el plazo que tendría para retornar al RPM. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, con *bonos pensionales*, sumas adicionales, frutos e intereses (ver demanda de folios 99 a 123).

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 afiliación de la demandante se hizo de manera libre y voluntaria, y debe presumirse la buena fe de la AFP, por lo que corresponde a la afiliada demostrar que se efectuaron maniobras engañosas en su contra y, de ser el caso, se debe demostrar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para poder trasladarse de régimen en cualquier momento. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación de folios 154 a 160).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones 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 a través de personal idóneo y debidamente capacitado, alegando que no se hizo uso del derecho de retracto ni se evidencia intención de traslado al RPM, que lo que ratificó la voluntad de mantenerse allí. Agregó que, en todo caso, no se evidencia causal de nulidad de la afiliación, pues ésta se hizo efectiva de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario correspondiente, sin que para la fecha del traslado de régimen pensional estuviera vigente el deber de conservar soportes documentales de la doble asesoría o la elaboración de un comparativo financiero de las mesadas entre ambos regímenes, sin que el desconocimiento de la Ley sirva a excusa. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones e innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara (sic) la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa* (ver contestación de folios 198 a 211).

Así mismo, mediante apoderado, contestó la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, pues la entidad brindó la debida asesoría relativa a las diferencias entre los regímenes pensionales, posibilidades de traslado y tiempos, bonos pensionales, régimen de transición, implicaciones de su decisión, beneficios del RAIS y los productos y servicios dispuestos por la entidad para solucionar sus dudas, conforme a lo cual la demandante firmó de manera libre y voluntaria la solicitud de afiliación, sin que

hubiera intentado trasladarse nuevamente, pese a haber tenido varias oportunidades para el efecto; por el contrario, existen actos de relacionamiento, como el traslado a otra AFP dentro del mismo régimen, que dan cuenta de su voluntad de permanecer en el mismo. Además, predicó que las condiciones de los regímenes están contempladas en la Ley, lo que permite a los afiliados conocer las consecuencias de su traslado. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación de folios 249 a 270).

Por medio de auto del 6 de octubre de 2020 se dispuso vincular al trámite a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (folio 293), entidad que contestó la demanda por medio de apoderada, en la que únicamente se opuso a las condenas extra y ultra petita y en costas, con fundamento en que la accionante nunca presentó afiliación a dicha entidad, por lo que solicitó su desvinculación. Propuso como excepciones de fondo: *falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación* (ver contestación de folios 295 a 296).

Termino la primera instancia con sentencia de 30 de junio de 2021, mediante la cual la Juez Segunda (2ª) 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) y se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, a favor de por COLFONDOS S.A.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado de la señora MARÍA CLAUDIA MANTILLA GARCÍA del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías AFP PORVENIR S.A., el día 9 de enero de 1997, con fecha de efectividad del 1 de marzo del mismo año y, consecuentemente, que las cosas se deben*

retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz, con los efectos jurídicos y económicos que comporten. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora MARÍA CLAUDIA MANTILLA GARCÍA, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima. TERCERO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual PROTECCIÓN, que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a títulos de aportes fueron pagados por MARÍA CLAUDIA MANTILLA GARCÍA y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrandes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS o cualquier otra causa, durante todo el tiempo en que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de MARÍA CLAUDIA MANTILLA GARCÍA al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad, y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de la afiliación inicial. QUINTO: ABSUELVE en lo demás. SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR. Así mismo, DECLARAR PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por COLFONDOS. Todo lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión. SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del CPTSS, de no ser apelada esta

decisión. OCTAVO: Costas en la instancia como se estableció en la parte motiva de la sentencia” (CD 4, Hora 1:34:48).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que se debía absolver de devolver dineros de gastos de administración y las primas de seguros que cubrieron al demandante durante su afiliación, pues los mismos tienen una destinación legal específica, fueron debidamente invertidos en la generación de rendimientos de los dineros recibidos y se desconocerían las restituciones mútuas, generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y, en todo caso, al no encaminarse a financiar la pensión de vejez, debe evaluarse su eventual prescripción (CD 4, Hora 1:37:55).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 33

años de edad y había cotizado 29,14 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 (no tenía cotización alguna)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver folios 3 y 124).

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).

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en el CD 1.

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”.

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información opeartinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de 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 HORIZONTE S.A., hoy 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 sólo se le indicó que tendría únicamente ventajas, como que se podría pensionar anticipadamente y con mejor monto que en el estado, que sus hijos podrían reclamar la pensión en caso de fallecimiento, así mismo que ella o sus hijos podrían reclamar los aportes, sin restricción alguna. En ninguno de los traslados efectuados recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (CD 4, Min. 21:01).

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

“*saneamiento*” la permanencia o los posteriores traslados entre fondos pensionales.

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

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”.*

COSTAS en apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

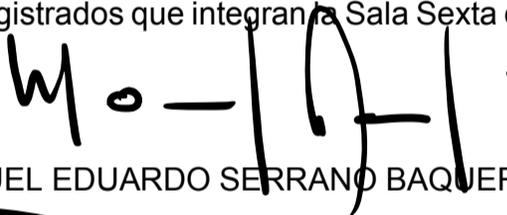
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C.,
administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad
de la Ley,

RESUELVE

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

EXP. 29 2019 00696 01
María Claudia Mantilla García Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otras

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

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA PATRICIA GARCÍA PÉREZ CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 29 de junio de 2021 por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a los doctores María Juliana Mejía Giraldo, abogada inscrita a MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., y Winderson José Moncada Ramírez, quienes se identifican con T.P. 258.258 y 334.200, para actuar como apoderados principal y sustituto, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder, el

certificado de existencia y representación legal y el memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA PATRICIA GARCÍA PÉREZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., 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 y/o* ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en septiembre de 1998, con fundamento en que se le indujo a error por la *indebida y nula* información proporcionada por parte la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. Así mismo, la AFP PORVENIR S.A., no le informó acerca de la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se actualice su historia laboral, sin solución de continuidad, y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual (ver demanda de folios 78 a 93).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación con la entonces AFP HORIZONTE S.A., se efectuó de manera libre, voluntaria e informada, como se observa en el formulario de afiliación, documento público que se presume auténtico, y antes de la misma se proporcionó la asesoría en que se informaron de manera clara, precisa y veraz las características de dicho régimen, sin que se encuentre probado en el plenario acto atentatorio alguno respectod el derecho de afiliación, según lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Agregó que la actora se encuentra incurso en la restricción de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, de lo que se informó a los afiliados por medio de publicación de un

comunicado de prensa. Consideró que, en todo caso, no era procedente la devolución de aportes, rendimientos o gastos de administración, conforme a concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia. Resaltó que la demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS por más de 23 años, como su traslado a otras AFP dentro del mismo régimen, sin manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación de folios 113 a 137).

También contestó la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran en el plenario pruebas de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, al punto que así lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora. Así mismo, la ignorancia de la Ley, respecto de la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, no es excusa para su inactividad, sin que cumpla los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Así mismo, la acción de nulidad aducida se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación de folios 150 a 155).

A su vez, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación a la entonces AFP COLMENA S.A. se efectuó de manera libre y espontánea, ya que la actora tuvo suficiente ilustración para optar por el traslado, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente según las normas legales vigentes para la época, sin que sea dable desvirtuar el mismo por medio de afirmaciones indeterminadas ni se puedan aplicar de manera retroactiva las normas jurídicas hoy en día vigentes. Resaltó que la

demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS por más de 15 años, sin manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento para el efecto, con base en la variación del monto de su mesada pensional. Manifestó que la nulidad relativa debió ser alegada dentro de los 4 años siguientes a la afiliación, por lo que actualmente se encuentra prescrita. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua e nfavor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión e administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir* (ver contestación de folios 156 a 165).

Termino la primera instancia con sentencia de 29 de junio de 2021, mediante la cual el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declárese nulo e ineficaz el traslado del régimen pensional que hizo la demandante, señora MARTHA PATRICIA GARCÍA PÉREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.765.363, del Régimen de Prima Media administrado en su momento por el extinto ISS, hoy en cabeza de COLPENSIONES, a COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., que cobró efectividad a partir del 1 de septiembre del año 1998, conforme a lo expuesto. SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante, señora MARTHA PATRICIA GARCÍA PÉREZ, identificada con la cédula de*

ciudadanía No. 51.765.363, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. TERCERO: Condénese a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, es decir, a partir del momento en que cobró efectividad, 1 de septiembre del año 1998 hasta el 3 (sic) de marzo de 2000, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados, conforme a lo indicado en la parte motiva. CUARTO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho fondo, es decir, desde el 1 de abril de 2000 hasta cuando sea efectivo su traslado. Los costos cobrados por conceptos de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados, conforme a lo indicado en la parte motiva. QUINTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, señora MARTHA PATRICIA GARCÍA PÉREZ, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. SEXTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas como medio de defensa por la parte demandada. SÉPTIMO: Condense en costas de esta instancia a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.200.000). OCTAVO: Condense en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de TRES MILLONES

CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS (\$3.488.740). NOVENO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. DÉCIMO: Concédase el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES” (CD 1, Hora 1:28:24).

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 COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual la demandada funda su defensa, por lo que encontró probado el dolo de la entidad, al no llevar sus negocios con el debido cuidado y proporcionar la información suficiente a la demandante, que sin perjuicio de su formación profesional, no tenía forma de conocer las consecuencias de su afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PROTECCIÓN S.A. su apoderada pide que se revoque parcialmente la decisión, por considerar que no es dable ordenar la devolución de los gastos de administración, pues los mismos también se hubieran descontado por disposición legal en el RPM, y en el RAIS generaron rendimientos, que dan cuenta de que los aportes fueron debidamente administrados. Consecuencia de la ineficacia, sólo se debería ordenar el traslado de los arportes y sus rendimientos, conforme a las restituciones mútuas, pero al incluir las cuotas de administración, se constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Finalmente, estos dineros son susceptibles de prescribir, dado que no se encaminan a financiar la prestación pensional (CD 1, Hora 1:32:48).

En el recurso de PORVENIR S.A. su apoderado pide que se revoque la decisión, por considerar que no se cumplen los requisitos para declarar la nulidad a título de dolo, máxime cuando no se especificó en la demanda si se trataba de una nulidad absoluta o relativa, última de las cuales no corresponde al juez declarar, no se tuvo en cuenta la regulación civil para dicha declaratoria, conforme al artículo 63 y 1702 y siguientes del C.C., y tampoco se probó la intención de hacer daño por parte del asesor de la AFP al momento del traslado. En cuanto a dejar sin efecto el traslado las consecuencias se deben aplicar sin escindir de las normas, por lo que no es dable ordenar la devolución de los rendimientos y al mismo tiempo los gastos de administración, los cuales como mínimo deberían ser susceptibles de compensación. Considera que no es procedente la indexación de las condenas en cuanto los rendimientos suplen y superan la pérdida del valor adquisitivo de tales valores. En cuanto a que tales valores sean pagados con los recursos propios de dicha AFP, se desconoce que no existe título de indemnización ni sanción, y en todo caso, los referidos rubros son susceptibles de prescribir. Por último, refiere que la condena en costas debería proceder de manera objetiva en contra de todos los demandados o de ninguno, conforme al artículo 365 del CGP (CD 1, Hora 1:35:19).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 637,71 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES de folios 26 a 31.

de cotizaciones al Sistema (tenía 8 años y 23 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 55 años de edad – ver folios 25B y 98).

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

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

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

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

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

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 COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que para el momento de su traslado laboraba en una empresa parte del Grupo Social, del cual era parte la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., y el mismo obedeció al temor ante la desaparición del ISS por lo que podría perder sus aportes. Su posterior traslado a la AFP HORIZONTE S.A., se debió a que de dicha entidad la buscaron y le proporcionaban mayor información sobre sus aportes y, en todo caso, tendría las mismas condiciones que en el fondo anterior (CD 1, Min. 20:42).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra, así como la devolución de los gastos de administración a cargo de PORTECCIÓN S.A. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el Juez de primera instancia, los cuales se deben devolver *“debidamente*

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”.*

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

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

En respuesta al argumento en apelación de PORVENIR S.A. en cuanto no era dable declarar la nulidad de la afiliación o, que las consecuencias derivadas de ésta no correspondían a las contenidas en la sentencia de primera instancia, se advierte que si bien el juez declaró el traslado “*nulo e ineficaz*”, dicha declaratoria se hizo conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral –también citada en esta providencia- y, conforme a ello, aplicó las consecuencias propias de la ineficacia, por lo que la expresión referida deberá entenderse en estos términos.

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 a PORVENIR S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en el archivo 18 folios 1 a 25 del expediente digital), decisión que podía tomar la juez de primera instancia de conformidad con la prosperidad de la demanda y el interés de cada una de las demandadas en el proceso (artículo 365 numeral 6 del CGP). En cuanto a

EXP. 30 2019 00751 01
Martha Patricia García Pérez Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra

la tasación de las agencias en derecho, se recuerda que este no es el momento procesal oportuno para discutir su valor, según lo dispuesto en el artículo 366 *ibidem*.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 30 2019 00751 01

Martha Patricia García Pérez 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

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE YENNY PATRICIA CORREA VILLAMIZAR
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 22 de junio de 2021 por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase téngase a las doctoras María Camila Bedoya García y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quienes se identifican con T.P. 288.820 y 221.228, 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, YENNY PATRICIA CORREA VILLAMIZAR 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 octubre de 2000, con fundamento en que se le indujo a error al no estar precedido por el suministro de una información clara, veraz y suficiente por parte la AFP PROTECCIÓN S.A., pues no la asesoró respecto de las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen ni los requisitos para obtener su prestación pensional o una proyección de la misma, pues se limitó a señalar que obtendría mayores beneficios y garantías, como acceder a la pensión en una fecha previa a la que podría hacerlo en el ISS y con una cuantía superior y, por el contrario, los requisitos para acceder a la pensión en el ISS se incrementarían. Previo a la demanda, verificó que el cálculo de su prestación sería mucho más favorable en el RPM que en el RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, *bonos pensionales*, sumas adicionales, gastos de administración, frutos e intereses (ver demanda de folios 55 a 65).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones relativas a la nulidad de la afiliación, con fundamento en que obran en el plenario pruebas de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, al punto que así lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora. Así mismo, la ignorancia de la Ley, respecto de la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, no es excusa para su inactividad, sin que cumpla los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Así mismo, la acción de nulidad aducida se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación de folios 82 a 87).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepto la primera y segunda declarativas, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre, voluntaria e informada, pues antes del traslado se proporcionó a la actora asesoría objetiva e integral sobre las implicaciones del mismo, las características, diferencias y funcionamiento de cada régimen y sus condiciones pensionales, sumado a que dicha información se encuentra establecida en la Ley y no puede ser modificada por las partes, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente, en virtud de las normas legales vigentes para le época, incluyendo proyecciones verbales del eventual derecho pensional, cuya variación a la actualidad, no constituye un vicio en el consentimiento, sin que sea dable exigir documental adicional conforme a normas posteriores, en virtud del principio de la irretroactividad de la Ley. Resaltó que la demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS por más de 15 años, sin manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. Manifestó que la nulidad relativa debió ser alegada dentro de los 4 años siguientes a la afiliación, por lo que actualmente se encuentra prescrita. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligaicón y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones e innominada o genérica* (ver contestación de folios 88 a 99).

Terminó la primera instancia con sentencia de 22 de junio de 2021, mediante la cual el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLÁRESE nulo e ineficaz el traslado del régimen pensional*

que hizo la demandante, señora YENNY PATRICIA CORREA VILLAMIZAR, identificada con la cédula de ciudadanía No. 63.343.264, del Régimen de Prima Media administrado por el extinto ISS, hoy en cabeza de COLPENSIONES, a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A., realizado mediante la suscripción del formulario No. 510580, hoy ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., con efectividad a partir del 1 de noviembre del 2000, conforme a lo expuesto. SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante, señora YENNY PATRICIA CORREA VILLAMIZAR, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. TERCERO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho régimen, es decir, desde el 1 de noviembre del año 2000 y hasta cuando sea efectivo su traslado. Los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora, y deben ser devueltos debidamente indexados, conforme a lo expuesto. CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, señora YENNY PATRICIA CORREA VILLAMIZAR, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. QUINTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. SEXTO: Condénese en costas de esta instancia a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS (\$3.488.740). SÉPTIMO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES – COLPENSIONES. OCTAVO: Concédase el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES” (CD 1, Hora 1:48:40).

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 PROTECCIÓN S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual la demandada funda su defensa, por lo que encontró probado el dolo de la entidad, al no llevar sus negocios con el debido cuidado y proporcionar la información suficiente a la demandante, que sin perjuicio de su formación profesional, no tenía forma de reconocer las consecuencias de su afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso de PROTECCIÓN S.A., su apoderado pidió que se revoque parcialmente la decisión, por considerar que no es dable ordenar la devolución de los gastos de administración, pues los mismos también se hubieran descontado en el RPM y en el RAIS generaron rendimientos, que dan cuenta de que los aportes fueron debidamente administrados. Dicha devolución constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, sin que se hubiera discutido en el trámite una eventual restitución a título de perjuicios (CD 1, Hora 1:51:49).

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 355,57 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 meses y 26 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver folios 18, 19 y 66).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES de folios 38 a 44 y en el CD 1.

² *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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 los promotores de la AFP SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. se acercaron a su lugar de trabajo y pidieron hablar con varios trabajadores, momento en que le indicaron que no se sabía qué pasaría su con pensión en el ISS dado que se desconocía la continuidad de dicha entidad y, en cambio, obtendría beneficios en el RAIS al poderse pensionar anticipadamente y con una prestación mejor, sin referir los requisitos para el efecto (CD 1, Min. 21:18). En ningún momento recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, 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.

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”.*

COSTAS en apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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

RESUELVE

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

EXP. 30 2019 00869 01
Yenny Patricia Correa Villamizar Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra

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

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS FERNANDO TORRA SUÁREZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 6 de agosto de 2021 por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase al doctor Nelson Segura Vargas, quien se identifica con T.P. 344.222, para actuar como apoderado principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUIS FERNANDO TORRA SUÁREZ 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 septiembre de 1995, con fundamento en que fue engañado al no estar precedido por el suministro de una información clara, precisa y suficiente por parte la AFP PROTECCIÓN S.A., lo indujo a error por incumplimiento de su deber de información, aduciendo que dicho fondo era más *sólido* que el ISS, entidad que sería liquidada, ofreciendo diversas ventajas como que obtendría una pensión superior y a cualquier edad, así como que podría retirar en cualquier momento la devolución de los aportes sin explicar los requisitos para ello ni las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene a la AFP el traslado de la totalidad de los aportes, con sus rendimientos, y el pago de perjuicios morales (ver demanda en archivo 01 folios 4 a 19 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003 por faltarle menos de 10 años para alcanzar la edad pensional, sin que cumpla los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Agregó que no se evidencia que se hubiera presentado error al momento de la afiliación, ni algún otro vicio del consentimiento, cuya carga de prueba corresponde a quien lo afirma, y de todas formas no se alegó dentro del término consagrado en el artículo 151 del CPTSS o en el 1750 del C.C. Así mismo, advierte que no se hizo uso del derecho de retracto, ni se evidencia que el accionante hubiera querido trasladarse previamente al RPM y, en cambio, mantuvo su afiliación al RAIS por 26 años sin presentar queja alguna. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones*

administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica (ver demanda en archivo 14 del expediente digital).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que no existe prueba de que la afiliación no se haya efectuado de manera libre, voluntaria e informada, pues antes del traslado se indicaron las implicaciones del traslado y se efectuaron proyecciones verbales, conforme a lo cual el demandante suscribió el formulario correspondiente en virtud de las normas legales vigentes para la época, para la cual no existía el deber de entregar cálculos o proyecciones, sin que la variación entre tales estimaciones y el actual se pueda considerar un vicio en el consentimiento. Resaltó que el demandante tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado y sus consecuencias, sin que el desconocimiento de la Ley sea excusa, máxime cuando lleva más de 20 años en el RAIS. Así mismo, no procede condena a la devolución de gastos de administración, pues los mismos fueron debidamente administrados y generaron rendimientos, teniendo que también se descontarían en el RPM por disposición legal y, al no estar destinados a financiar la pensión, son susceptibles de prescribir, por lo que su traslado constituiría un enriquecimiento ilícito a favor de COLPENSIONES. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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 archivo 19 folios 1 a 20 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 6 de agosto de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ

EXP. 35 2020 00147 01
Luis Fernando Torra Suárez Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra

la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor LUIS FERNANDO TORRA SUÁREZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por el fondo de pensiones PROTECCIÓN, y, en consecuencia, se ordena trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, junto con sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, junto con sus rendimientos, en los términos indicados en esta sentencia. SEGUNDO: Se CONDENA al fondo de pensiones PROTECCIÓN a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció afiliado a este fondo, como se advirtió en la parte motiva. TERCERO: Se CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a afiliarse nuevamente a LUIS FERNANDO TORRA SUÁREZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A. CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, que se incluyen en la respectiva liquidación de costas. Sin costas para COLPENSIONES. QUINTO: Se ABSUELVE a las demandadas del reconocimiento de indemnización por perjuicios morales, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación, de acuerdo a la parte motiva de la sentencia. SEXTO: En caso no apelarse la presente decisión, se remitirá al Tribunal Superior de Bogotá para que se estudie en consulta”* (Audiencia virtual del 6 de agosto de 2021 Min. 59:32).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que el demandante tomó una

decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual la demandada funda su defensa. Agregó que no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por el demandante respecto de la información que habría recibido al momento de la afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque parcialmente la decisión. Afirma que se debió absolver de devolver dineros de gastos de administración pues los mismos tienen una destinación legal específica, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y, de ser el caso, la declaratoria de ineficacia implicaría que no habría lugar a devolver los rendimientos, pues los mismos no se habrían generado. Así mismo, tampoco hay lugar a devolver los gastos destinados al pago de la prima previsional, pues los mismos fueron entregados a un tercero de buena fe, a quien no podrían ser reclamados (Audiencia virtual del 6 de agosto de 2021 Hora 1:02:21).

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado pidió que se revoque la decisión, como quiera que la parte actora tenía la carga de probar el vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) alegado en la demanda, conforme al artículo 167 del CGP, sin que sea dable trasladar dicha carga a las AFP, máxime cuando el traslado efectuado por el demandante cuenta con plena validez, conforme a las normas vigentes para la época. Al tratarse de una duda frente a las normas se trataba de un vicio de derecho y no de hecho, por lo que no podría viciar el consentimiento. Considera que no se debe condenar en costas en *esta* instancia, pues representa un detrimento patrimonial (Audiencia virtual del 6 de agosto de 2021 Hora 1:04:04).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le 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 el demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 108,43 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 1 año 4 meses y 17 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 60 años de edad – ver archivo 01 folios 20 y 90).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 01 folios 81 y 82.

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*

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

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

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

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

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues indicó que una asesora de PROTECCIÓN S.A., esposa de un colega, se acercó a él y a otras 2 personas y únicamente les indicó que el ISS se iba a acabar por lo que podría *“quedar volando”*, pese a que le informaron acerca de que obtendría rendimientos. Situación que se repitió al afiliarse posteriormente a

COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., en que se limitaron a ofrecerle mayores ventajas. A su vez, el traslado nuevamente a esta última sociedad se debió a que se le indicó que sería el único fondo que quedaría funcionando luego de una fusión y no manifestó intención de trasladarse nuevamente, ya que los asesores le indicaban que el fondo cada vez era más sólido y obtendría una buena mesada pensional, mientras que el fondo público se acabaría (Audiencia virtual del 6 de agosto de 2021 Min. 21:26).

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”* la permanencia en dicho régimen; y la acción para solicitar la ineficacia y sus consecuencias 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).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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

establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 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.

COSTAS en apelación a cargo de 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. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para

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”.

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

- 2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
- 3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de 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

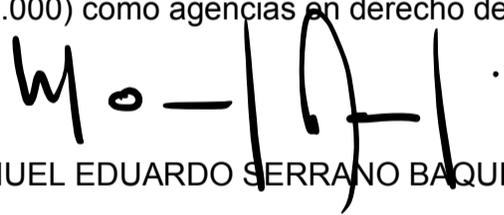


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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